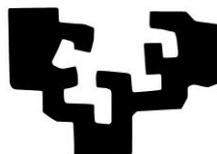


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO
ZUZENBIDE FAKULTATEA

TESIS DOCTORAL

**ESTUDIO SELECTIVO DE TRES LUSTROS DE LA
PRÁCTICA SUSTANTIVA Y PROCESAL DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL**

JONE LAKARRA ETXEBARRIA

Leioa, 1 de junio de 2017

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

FACULTAD DE DERECHO
ZUZENBIDE FAKULTATEA

Departamento de Derecho Internacional Público, Relaciones
Internacionales e Historia del Derecho

**Estudio selectivo de tres lustros de la
práctica sustantiva y procesal de la
Corte Penal Internacional**

Tesis que presenta la Lic. Dña. Jone LAKARRA ETXEBARRIA para la
obtención del título de Doctora en Derecho, elaborada bajo la dirección de la
Dra. Dña. M^a Dolores BOLLO AROCENA, Profesora de Derecho Internacional
Público de esta Universidad.

Leioa, junio 2017

A mi familia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I. EL DEBER DE LOS ESTADOS DE JUZGAR LOS CRÍMENES INTERNACIONALES RECOGIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

Sección 1ª. Introducción.....	7
-------------------------------	---

Sección 2ª. La obligación de reprimir los crímenes internacionales en el ordenamiento internacional	9
---	---

2.1. El deber de represión en el Derecho Internacional convencional	13
---	----

2.1.1. Crímenes de guerra	13
---------------------------------	----

2.1.2. Genocidio.....	18
-----------------------	----

2.1.3. Crímenes contra la humanidad	21
---	----

2.2. El deber de represión en el Derecho Internacional consuetudinario	27
--	----

Sección 3ª. La obligación de los Estados de reprimir los crímenes internacionales recogida en el preámbulo del Estatuto de Roma.....	36
--	----

Sección 4ª. La necesidad de adaptación de las legislaciones nacionales al Estatuto de Roma	43
--	----

CAPÍTULO II. EL CRIMEN DE GENOCIDIO

Sección 1ª. Introducción.....	53
-------------------------------	----

Sección 2ª. La existencia de un contexto para la comisión del crimen de genocidio	56
---	----

2.1. La relevancia del contexto en la jurisprudencia de los tribunales <i>ad hoc</i>	57
--	----

2.2. La introducción y aplicación del elemento contextual	60
---	----

2.3. Fundamentos para legitimar la aplicación del elemento contextual.....	65
--	----

2.3.1. El enfoque basado en la estructura y la intención genocida realista.....	70
---	----

2.3.2. El enfoque intermedio adoptado por los jueces	74
--	----

2.3.3. La restricción del tipo penal mediante el elemento contextual.....	77
---	----

Sección 3ª. La noción de ‘grupo protegido’	79
--	----

3.1. La identificación positiva o negativa del grupo.....	81
---	----

3.2. El carácter restrictivo del criterio de estabilidad	82
--	----

3.3. La ausencia de definición de los grupos protegidos	84
---	----

3.4. La identificación del grupo mediante los criterios subjetivo, objetivo y mixto	86
---	----

Sección 4ª. Los actos materiales del crimen de genocidio	93
4.1. La matanza de miembros del grupo.....	93
4.2. La lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.....	94
4.3. El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial	97
4.4. Las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	100

CAPÍTULO III. LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA

Sección 1ª. Introducción.....	103
-------------------------------	-----

Sección 2ª. El desarrollo jurisprudencial de los elementos contextuales de los crímenes contra la humanidad.....	105
--	-----

2.1. Operación o línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos contra una población civil	111
--	-----

2.2. Operación o línea de conducta de conformidad con la política de un Estado o de una organización	115
--	-----

2.2.1. El objeto de la inclusión de la política como elemento contextual.....	115
---	-----

2.2.2. La aplicación del concepto de ‘política’	119
---	-----

2.2.3. La política pasiva o de omisión	121
--	-----

2.2.4. La prueba de la existencia de una política	125
---	-----

2.3. El carácter generalizado o sistemático del ataque y el conocimiento del mismo por parte del autor	131
--	-----

2.4. El concepto de ‘organización’ en el artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma	133
--	-----

2.4.1. Los Estados o las organizaciones cuasiestatales como únicos actores	135
--	-----

2.4.2. Cualquier organización con la capacidad de cometer un ataque contra la población civil.....	140
--	-----

Sección 3ª. El desarrollo jurisprudencial de los elementos contextuales de los crímenes de guerra	143
---	-----

3.1. El umbral establecido para los crímenes de guerra	146
--	-----

3.2. El carácter internacional o no internacional del conflicto armado	148
--	-----

3.3. El nexo entre el acto punible y el conflicto armado y el conocimiento del autor	154
--	-----

Sección 4ª. Los crímenes de componente sexual y de género como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.....	156
---	-----

4.1. El crimen de violación.....	162
----------------------------------	-----

4.1.1. El consentimiento de la víctima y la coerción en la definición de la violación.....	165
--	-----

4.1.1.1. El consentimiento en la jurisprudencia de los tribunales <i>ad hoc</i>	166
4.1.1.2. La fuerza o coerción como elemento central del tipo penal	170
4.1.2. La exposición del impacto del crimen y la responsabilidad del superior	174
4.2. La distinción entre el crimen de esclavitud sexual y el matrimonio forzado	178
4.2.1. La calificación jurídica del matrimonio forzado como esclavitud sexual y como ‘otro acto inhumano’ en el Tribunal Especial para Sierra Leona	181
4.2.2. El matrimonio forzado ante la Corte Penal Internacional	190
4.2.3. Discrepancias respecto a su reconocimiento como crimen contra la humanidad de ‘otro acto inhumano’	194
4.2.4. La adecuada sanción como ‘otro acto inhumano’	196
4.3. El crimen de embarazo forzado derivado de la comisión de otros actos penales de violencia sexual	203
4.3.1. El contexto de criminalización del embarazo forzado	204
4.3.2. La primera interpretación y aplicación del crimen de embarazo forzado	206
4.4. Un estudio particular de la violencia sexual contra niñas soldado	211
4.4.1. El crimen de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización de niños soldado y su protección frente a la violencia sexual en la jurisprudencia previa	213
4.4.2. La primera aproximación sobre la aplicación de los crímenes de guerra de naturaleza sexual cometidos contra niñas soldado por miembros del mismo grupo	219
4.4.3. La protección frente a la violencia sexual en los conflictos armados en el marco del artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma	225
4.4.3.1. El estatuto de las víctimas en el artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma	228
4.4.3.2. El sentido de la expresión del ‘marco establecido de derecho internacional’ en relación a los crímenes de violación y esclavitud sexual	231

CAPÍTULO IV. LAS VÍAS DE ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE Y LAS CONDICIONES PREVIAS PARA SU EJERCICIO

Sección 1ª. Introducción	237
Sección 2ª. La remisión de situaciones por los Estados parte	242
2.1. El concepto de autorremisión y las implicaciones de esta práctica	243
2.2. Las autorremisiones de Estados parte: imposibilidad de investigar y juzgar a nivel nacional	247
2.2.1. La primera serie de autorremisiones	247
2.2.2. La segunda serie de autorremisiones: mayor transparencia	254
2.3. Las remisiones de Estados parte contra terceros Estados	257

Sección 3ª. La activación por parte del Consejo de Seguridad	261
3.1. Consideraciones previas	261
3.2. El proceso de adopción y las restricciones en la formulación de las Resoluciones 1593 (2005) y 1970 (2011)	267
3.3. La suspensión del ejercicio de la competencia mediante el artículo 16 del ER	274
Sección 4ª. La activación <i>motu proprio</i> por la Fiscalía.....	280
4.1. La apertura y clausura de exámenes preliminares	282
4.2. La ausencia de criterios unificados sobre la supervisión y autorización judicial	288
Sección 5ª. La aceptación de la competencia de los Estados no parte	296
5.1. Alcance material, temporal y subjetivo del artículo 12(3)	302
5.1.1. Las declaraciones de Costa de Marfil: límites temporales y posterior ratificación	306
5.1.2. Las declaraciones de Ucrania: límites temporales, materiales y subjetivos	311
5.2. Palestina y el Estatuto de Roma: declaraciones bajo el artículo 12(3) y ratificación.....	319
5.2.1. La declaración de aceptación de la competencia de 2009 y la respuesta de la Fiscalía	320
5.2.2. Ingreso de Palestina en la UNESCO, la ‘fórmula de todos los Estados’ y la ‘fórmula de Viena’	328
5.2.3. El controvertido alcance temporal de la declaración de 2009 y la nueva declaración de 2015.....	332

CAPÍTULO V. EL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y DEL UMBRAL DE GRAVEDAD

Sección 1ª. Introducción.....	339
Sección 2ª. La interpretación y aplicación del principio de complementariedad y su impacto en la relación entre la Corte y los Estados	342
2.1. La inacción estatal como referencia inicial en el test de complementariedad.....	345
2.1.1. El concepto del ‘mismo caso’ y la construcción del test de la ‘misma persona, misma conducta’	351
2.1.2. Consecuencias de la aplicación del test a nivel estatal	358
2.2. Desarrollo e incoherencias jurisprudenciales en la aplicación del test.....	363
2.2.1. Oposición del Estado y ausencia de procedimientos internos	363
2.2.2. Confusión en la aplicación del test. La particularidad de los casos libios.....	366
2.3. La falta de disposición e incapacidad de los Estados como segunda parte del test de complementariedad	371

2.3.1. Falta de disposición o voluntad del Estado para desarrollar procedimientos auténticos.....	372
2.3.1.1. Confusión entre inacción y falta de voluntad o disposición	374
2.3.1.2. Demostrar la autenticidad de los procedimientos nacionales	375
2.3.1.3. Los principios de un proceso con las debidas garantías y la pena capital	378
2.3.2. La incapacidad estatal para desarrollar procesos auténticos.....	383
2.3.2.1. Colapso total, sustancial o indisponibilidad del sistema judicial.....	384
2.3.2.2. Impugnación de la admisibilidad e incapacidad estatal	387
2.3.2.3. La custodia de los acusados como elemento de capacidad estatal	390
2.4. Sentencias firmes y procedimientos nacionales en curso	397
Sección 3ª. El umbral de gravedad como requisito para la admisibilidad	404
3.1. Algunas cuestiones previas: el umbral de gravedad legal y la gravedad como criterio de selección	406
3.2. Evolución interpretativa y aplicación de la gravedad a situaciones y casos	412
3.2.1. Primer debate: Irak.....	414
3.2.2. La gravedad de un caso: Ntaganda, Abu Garda y Hussain Ali.....	417
3.2.3. La gravedad situacional: una formulación distinta	422
3.3. El control judicial sobre decisiones de la Fiscalía mediante el artículo 53(3)(a) del Estatuto de Roma.....	425
3.3.1. Las discrepancias materiales entre la Fiscalía y los jueces.....	427
3.3.2. Las discrepancias procesales sobre el proceso de revisión.....	436
3.3.3. La apelación de decisiones adoptadas bajo el artículo 53(3)(a) del Estatuto de Roma	440

CAPÍTULO VI. OBSTÁCULOS A LA COOPERACIÓN ESTATAL EN MATERIA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Sección 1ª. Introducción.....	445
Sección 2ª. La inmunidad jurisdiccional y la cooperación estatal	447
2.1. Inmunidad y crímenes internacionales en el Derecho Internacional	451
2.2. La inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio ante tribunales extranjeros	454
2.3. La inmunidad de jefes de Estado en ejercicio en el marco del Estatuto de Roma.....	457
2.3.1. Los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma y el fundamento de las órdenes de arresto contra Al Bashir	459
2.3.2. La excepción consuetudinaria al Derecho Internacional general de las inmunidades respecto a la obligación de cooperación de los Estados parte	463
2.4. La obligación de cooperación ante la intervención del Consejo de Seguridad al amparo del Capítulo VII y las lecturas de la Resolución 1593	472

2.4.1. La retirada implícita de la inmunidad mediante la Resolución 1593	477
2.4.2. La aplicación del Estatuto de Roma a Sudán a través de la Resolución 1593	481
Sección 3ª. La primera jurisprudencia estatal sobre la obligación de cooperar en el arresto y entrega de un jefe de Estado en ejercicio	484
3.1. Las inmunidades consuetudinarias en el derecho nacional sudafricano.....	486
3.2. Controversias en la interpretación de la legislación nacional.....	489
Sección 4ª. La gestión de la falta de cooperación en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad.....	492
4.1. La obligación de cooperar con la Corte recogida en las resoluciones de remisión	493
4.2. La asistencia del Consejo de Seguridad en la ejecución de las decisiones de cooperación de la Corte	498
4.2.1. Las comunicaciones y los fallos judiciales de incumplimiento de Estados parte	498
4.2.2. El incumplimiento de los Estados no parte: el caso de Sudán y Libia	502
4.2.3. Acciones del Consejo de Seguridad sobre el incumplimiento de las órdenes de arresto y entrega.....	508
4.3. Posibles medidas para contribuir a la ejecución de las solicitudes de la Corte	515
CONCLUSIONES	521
FUENTES	549

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS MÁS UTILIZADOS

AEP	Asamblea de Estados Parte
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPI	Corte Penal Internacional
CS	Consejo de Seguridad
DIH	Derecho Internacional Humanitario
EC	Elementos de los Crímenes
ER	Estatuto de Roma
ERS	Ejército de Resistencia del Señor
MLC	Mouvement pour la Libération du Congo
MONUC	Misión de Naciones Unidas en la República Democrática del Congo
ONG	Organización No Gubernamental
RDC	República Democrática del Congo
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SA	Sala de Apelaciones
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SPI	Sala de Primera Instancia
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TIPR	Tribunal Internacional Penal para Ruanda
TIPY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

INTRODUCCIÓN.

Transcurridas casi dos décadas desde la adopción del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional se erige ya como un actor de primer orden en el ámbito del Derecho Internacional Penal. A pesar de tratarse de una organización internacional aún joven, estos años le han servido para desplegar un potencial muy significativo en la lucha contra la impunidad de los crímenes más atroces. Con ciento veinticuatro Estados parte en su tratado constitutivo e iniciadas diversas investigaciones y enjuiciamientos en distintos países, es el momento de abordar el estudio de la práctica a la que la Corte Penal Internacional ha dado lugar tres lustros después de la entrada en vigor del instrumento que la fundó. En la presente Tesis Doctoral abordaremos, precisamente, las cuestiones más relevantes que la puesta en práctica del tratado ha supuesto de cara al avance de este sector del Derecho Internacional. De esta manera, nos alejaremos de la teoría para adentrarnos en el estudio selectivo de los aspectos sustantivos y procesales más destacables, como el desarrollo de los tipos penales recogidos en el Estatuto, las vías de activación de la competencia del tribunal, el análisis de admisibilidad y los principales obstáculos a la cooperación estatal que afronta esta institución, elementos clave para valorar la práctica a la que la Corte Penal Internacional ha dado lugar hasta el momento.

La elección del tema se acordó con la Directora de la Tesis Doctoral, estimando que concurrían todos los elementos que toda investigación científica debe reunir: novedad doctrinal, superación de consideraciones teóricas y aplicación en la práctica, interés real en el marco de la disciplina del Derecho Internacional Público y relevancia actual para el conjunto del ordenamiento internacional en general y para la doctrina internacionalista española en particular. Para ello, los recursos metodológicos empleados han sido, en primer lugar, la doctrina tanto nacional como internacional especializada en el ámbito del Derecho Internacional Penal. En segundo lugar, la jurisprudencia de tribunales internacionales penales como el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y, por supuesto, la de la propia Corte Penal Internacional, han sido fuentes indispensables para la elaboración de la misma. Igualmente, hemos recurrido a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, cuando ha sido necesario con el fin de determinar y concretar ciertos aspectos en los que con frecuencia confluyen el Derecho Internacional Público y el sector dedicado a la

responsabilidad penal del individuo, objeto y columna vertebral de la presente Tesis. A pesar de carecer de protagonismo en la misma, el recurso puntual a la jurisprudencia estatal también ha sido imprescindible con el fin de ilustrar ciertos aspectos novedosos desarrollados por la Corte. Asimismo, la labor de la Comisión de Derecho Internacional en temas tales como los crímenes contra la humanidad o el principio *aut dedere aut judicare*.

La presente Tesis Doctoral se estructura de la siguiente manera: el Capítulo I aborda el alcance de la obligación estatal de reprimir los crímenes internacionales, cuestión indispensable para la Corte y el principio sobre el que se asienta su jurisdicción. Los capítulos segundo y tercero se centran en el desarrollo de ciertos aspectos sustantivos. Así, el Capítulo II aborda el crimen de genocidio a la luz de la práctica reciente, concretamente el novedoso elemento contextual y los actos punibles; y el Capítulo III analiza, en primer lugar, los elementos contextuales de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra; y en segundo lugar, aborda varios de los crímenes de violencia sexual y de género constitutivos de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Los Capítulos IV, V y VI están orientados a lo que podríamos denominar la práctica procesal de la Corte y a las cuestiones más relevantes que ésta ha desarrollado hasta la actualidad. Para ello, el Capítulo IV estudia la aplicación de las vías de activación de la competencia de la Corte y las condiciones previas para su ejercicio. El Capítulo V aborda el análisis de admisibilidad mediante el estudio de la aplicación del principio de complementariedad y el umbral de gravedad; y finalmente, el Capítulo VI trata los obstáculos a la cooperación estatal con la Corte en materia de detención y entrega de individuos acusados por ésta.

Los hechos acontecidos en la Segunda Guerra Mundial dieron paso a la regulación de una serie de instrumentos dirigidos a depurar la responsabilidad penal internacional del individuo con el fin de evitar que sucesos similares volvieran a sacudir la conciencia de la comunidad internacional. Los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio fueron los pioneros en perfilar el contenido de los crímenes internacionales que constituyen los fundamentos del Derecho Internacional Penal actual, aunque ciertamente, la impartición de justicia llevada a cabo por éstos no fue ni mucho menos igualitaria ni satisfactoria. Sin embargo, pusieron de relieve la necesidad de crear un sistema que diera respuesta, con carácter previo, a la comisión de esas atrocidades mediante la criminalización de las conductas más execrables en un instrumento de alcance global y por tanto, no sujeto a límites

jurisdiccionales personales. Debido a la fractura existente en la sociedad internacional tras la guerra y durante la Guerra Fría, hubo que esperar hasta la última década del siglo XX para la constitución de sendos tribunales internacionales penales que darían cuerpo y sentarían las bases de este sector especializado del ordenamiento internacional. Hasta su creación por el Consejo de Seguridad, los mecanismos internacionales dedicados a la sanción de conductas constitutivas de crímenes internacionales criminalizaban de forma dispersa varias de las conductas, como es el caso del Convenio para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio adoptado en 1948 o los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales adoptados en 1949 y 1977 respectivamente y dirigidos a prohibir varias de las conductas actualmente constitutivas de crímenes de guerra. En ausencia de un tribunal internacional penal con competencia sobre los mismos, estos convenios internacionales dejaban en manos de los Estados la represión de las atrocidades prohibidas, algo que se mostró claramente ineficaz a la luz de las barbaries cometidas en la antigua Yugoslavia y en Ruanda en la década de los noventa y que reavivaron el debate sobre la necesidad de crear dicho tribunal con competencia sobre los crímenes ya entonces calificados como internacionales.

Este proceso de negociación culminó con la adopción del Estatuto de Roma en 1998, en vigor desde 2002, por el que se creaba la Corte Penal Internacional, la primera institución judicial independiente y permanente con jurisdicción cuasi universal sobre crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión. A comienzos del presente siglo este tribunal se presentaba como un avance de inigualable envergadura en el proyecto colectivo de lucha contra la impunidad, aunque con grandes interrogantes sobre cómo se desarrollaría su funcionamiento. No obstante, tres lustros después, tanto el Estatuto de Roma como los instrumentos que lo acompañan están plenamente operativos, siendo posible comprobar una práctica jurisprudencial que, a pesar de ser reciente, muestra el imparable proceso de desarrollo de este especializado sector del Derecho Internacional. A diferencia de los tribunales internacionales penales anteriores, ésta se creó a través de un tratado internacional que busca la creciente adhesión estatal para fortalecer la represión de los crímenes internacionales tanto en su sede como en sede nacional. Ahora bien, el fundamento esencial sobre el que la Corte se erige es precisamente la primacía de los Estados en el ejercicio de su jurisdicción penal, aspecto conocido como el principio de complementariedad. Esta regla dota de competencia a la Corte únicamente cuando los Estados, responsables de juzgar a los

autores de los crímenes internacionales, no actúen, bien por falta de voluntad o bien por incapacidad de hacerlo de forma auténtica.

En este sentido, considerando que pese a su gran alcance geográfico, temporal y personal su capacidad para impartir justicia es reducida tanto por límites jurisdiccionales como por límites presupuestarios, la lucha contra la impunidad no puede ser efectiva en ausencia de un serio compromiso por parte de los Estados de desplegar sus mecanismos penales nacionales para erradicar en la medida de lo posible la impunidad ante estas atrocidades. Esta cuestión está directamente vinculada a la cooperación, que como tendremos ocasión de analizar, cobra un protagonismo esencial en el cumplimiento del mandato de la Corte, pues careciendo ésta de mecanismos que hagan ejecutivas sus decisiones, un desarrollo eficaz de su labor es inconcebible sin el apoyo de los Estados.

Los primeros quince años de práctica de la Corte muestran una gran contribución en lo que al Derecho Internacional Penal sustantivo se refiere, pues salvo el crimen de agresión, ésta ha tenido ocasión de abordar las tres categorías de crímenes restantes. Para ello, esta joven institución se ha apoyado en la jurisprudencia previa de sus predecesores, aunque desviándose de ésta cuando la aplicación del marco normativo del Estatuto de Roma lo ha requerido, dotándose así de una línea jurisprudencial autónoma. Asimismo, todos los mecanismos de activación de su competencia han sido desarrollados, por lo que los interrogantes existentes inicialmente con respecto a cuestiones que éstos incorporaban a la luz de la letra del tratado han comenzado a dotarse de respuesta. El citado principio de complementariedad sobre el que se asienta la actividad de la Corte ha sido desarrollado mediante el análisis de admisibilidad de situaciones y casos, lo que ha permitido a ésta valorar los pasos adoptados a nivel nacional para investigar y juzgar a sujetos inculcados por este tribunal de La Haya.

Como es lógico, la presente Tesis Doctoral no tiene como propósito abordar todas y cada una de las aportaciones de la Corte Penal Internacional a la práctica, pues son abundantes las disposiciones del Estatuto de Roma que ya han visto su aplicación, sino realizar un análisis selectivo de la misma, centrándonos en aquellas cuestiones sustantivas y procesales que más desarrollo han experimentado hasta nuestros días y que consideramos de particular trascendencia por marcar un camino por el que muy probablemente la Corte Penal Internacional transitará los próximos años. En relación al derecho sustantivo, no pretende

realizar un estudio exhaustivo de cada uno de los actos materiales constitutivos de crímenes internacionales, sino analizar y recoger los aspectos más novedosos que la aplicación de éstos ha ofrecido, lo que incluye tanto el análisis de los aspectos contextuales de las tres categorías de crímenes plenamente operativas, así como algunos de los tipos penales, concretamente de violencia sexual y de género, que por decisión personal como mujer jurista y por su creciente relevancia y visibilidad en la justician penal internacional, están adquiriendo un protagonismo que consideramos debe destacarse.

En este sentido, el crimen de agresión no ha sido objeto de análisis en la presente Tesis Doctoral a pesar de su evidente relevancia, y no lo ha sido por un doble motivo: el principal, deriva del hecho de que la presente Tesis es un estudio de la práctica de la Corte Penal Internacional, y por razones obvias no existe práctica al respecto; el segundo motivo, ligado al anterior, procede del hecho de que existen ya numerosos estudios teóricos sobre el crimen y su desarrollo tras la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala.

En relación al derecho procesal, los temas a abordar son aquéllos que más relevancia práctica han adquirido desde esta perspectiva. Es el caso de los mecanismos de activación de la competencia de la Corte, todos ellos ya empleados y que ponen de manifiesto diversas dificultades prácticas que a priori pudieron pasar desapercibidas por los redactores del Estatuto. El análisis de admisibilidad, por su parte, mediante el cual la Corte evalúa las actividades nacionales en virtud del principio de complementariedad y el umbral de gravedad correspondiente a los crímenes que pretende enjuiciar, muestra las complejidades procesales que la intervención de la Corte lleva aparejada en aquellos escenarios en los que los Estados no actúan en respuesta a su obligación de reprimir los crímenes internacionales cometidos, al menos, en sus propios territorios. Finalmente, como adelantábamos, abordar la cooperación estatal en materia de detención y entrega, o más bien la ausencia de la misma, se muestra indispensable con el fin de poner de relieve los obstáculos que en este sentido impiden a la Corte avanzar a mayor velocidad y desplegar un mayor potencial del que actualmente ofrece.

En pocas palabras, la presente Tesis Doctoral pretende realizar un estudio selectivo de la práctica sustantiva y procesal de las cuestiones más sustanciales que estos tres lustros de actividad permiten extraer, poniendo de manifiesto tanto los progresos como las deficiencias experimentadas con el fin de contribuir al desarrollo de este sector especializado del Derecho

Introducción

Internacional que, aunque lentamente, avanza con firmeza hacia la universalidad de la lucha contra la impunidad.

CAPÍTULO I.

EL DEBER DE LOS ESTADOS DE JUZGAR LOS CRÍMENES INTERNACIONALES RECOGIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

Sección 1ª. Introducción

El crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión forman parte de las conductas consideradas crímenes internacionales¹ y son concretamente éstos los llamados ‘core crimes’ por ser “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”², precisamente los sujetos a la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI o Corte). Dado que el objeto del Derecho Internacional Penal es proteger la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad como los valores fundamentales de la comunidad internacional, un ataque a los mismos es lo que otorga la dimensión y naturaleza internacionales a los citados crímenes. Se trata de conductas que atentan contra los intereses de toda la comunidad internacional, por lo que la represión de los mismos a través de las normas de Derecho Internacional Penal debería superar los límites impuestos por la soberanía estatal y permitir su enjuiciamiento por todo Estado, ya que actuando de esta manera se estarían protegiendo esos intereses globales y no particulares.

Esto nos lleva a la cuestión del ejercicio del *ius puniendi* de los Estados ante la comisión de crímenes como los mencionados, tanto desde la perspectiva facultativa como la obligatoria. La responsabilidad primaria de ejercer la jurisdicción penal a nivel nacional recae sobre los Estados en los que los hechos tienen lugar, esto es, los Estados territoriales. El resto de jurisdicciones, como la internacional o la de terceros países, se estiman subsidiarias, pudiendo ser activadas únicamente cuando los Estados que en primer lugar deben actuar no lo hagan³. De este modo, el ejercicio de la jurisdicción universal podría considerarse un poder estatal subsidiario reservado para aquellos escenarios en los que no haya impartición de justicia por parte del Estado que tiene la obligación preferente de dar respuesta a las atrocidades, ni haya

¹ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3 ed., Oxford, 2014, p. 32.

² Preámbulo del Estatuto de Roma, apartado 4.

³ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, pp. 32-33.

acción tampoco por parte de los Estados vinculados al crimen mediante algún nexo jurisdiccional, al igual que sucede con la intervención de la Corte Penal Internacional, que constituida sobre el principio de complementariedad, al que nos referiremos ampliamente más adelante, actúa cuando los propios Estados no cumplan con su obligación primaria de investigar y enjuiciar en sede nacional a los responsables de los crímenes internacionales recogidos en el Estatuto de Roma (en adelante ER).

Sin embargo, a día de hoy continúa debatiéndose el alcance de la obligación de reprimir los crímenes internacionales con carácter extraterritorial, pues mientras en relación a algunos de ellos parece no haber lugar a dudas sobre el deber de su represión en este contexto en virtud del Derecho Internacional convencional, persisten los interrogantes acerca otros. Las páginas que siguen abordan precisamente esta cuestión, el alcance de la obligación de los Estados de reprimir los crímenes de la competencia de la CPI como son el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra⁴, algo esencial antes de proceder al análisis sustantivo y procesal de la práctica de la CPI, en el que se encuentran, las vías de activación de la competencia de la misma y la aplicación del principio de complementariedad. De este modo, en primer lugar se abordará la obligación de represión existente conforme al ordenamiento internacional y a continuación, la discusión en torno a la obligación que recoge el preámbulo del ER en este sentido. Al hilo de esta última cuestión, una de las discusiones principales que debaten los internacionalistas es si ese deber que recoge el preámbulo del ER obedece a una obligación preexistente que vincularía a todos los Estados a ejercer su jurisdicción penal con carácter extraterritorial o si responde a una tendencia que aún está por consolidarse—teniendo en cuenta, además, que el texto apunta a una obligación ya no sólo de los Estados parte sino

⁴ Dejando de lado las consideraciones relativas al crimen de agresión por no ser la CPI competente aún sobre el mismo. No obstante, sobre este particular, hay excelentes trabajos en la doctrina española. Véanse SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “Uso de la fuerza, Consejo de Seguridad y Corte Penal Internacional: la represión penal del crimen de agresión” en Rosario Huesa Vinaixa (Coord.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 219-259; QUESADA ALCALÁ, Carmen, “La agresión: un crimen cierto de futuro incierto” en Jorge Cardona Llorens, Jorge A. Puyo Losa *et al.* (Eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1069-1091; REMIRO BROTÓNS, Antonio, “Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo” en Documentos de Trabajo FRIDE, nº 10, 2005, pp. 1-18; REMIRO BROTÓNS, Antonio, “El crimen de agresión en el estatuto de la CPI revisado: *nascetur ridiculus mus*” en Jorge Cardona Llorens, Jorge A. Puyo Losa *et al.* (Eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1115-1130; REMIRO BROTÓNS, Antonio, “La revisión del Estatuto de la CPI y el crimen de agresión” en Consuelo Ramón Chornet, Javier Álvarez Veloso, Romualdo Bermejo García *et al.*, *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 225-250.

de todo Estado—, y si el ER genera de por sí esta obligación, partiendo de que este tratado, a diferencia de otros convenios, no contiene ninguna disposición operativa al respecto⁵.

Se trata de cuestiones de vital interés ya que, siendo como es el deber de ejercer la jurisdicción penal nacional la piedra angular del principio de complementariedad y por ende del funcionamiento de la CPI, la potencialidad y efectividad reales que ésta puede desplegar dependen en enorme medida de que los Estados repriman los crímenes en sede nacional, deber que, como ya se ha señalado, no cuenta con una disposición específica en el ER. Asimismo, este instrumento tampoco contiene una disposición de cooperación horizontal entre los Estados parte que les obligue a cooperar entre ellos, de forma que, como a nuestro juicio acertadamente apunta Akhavan “...Beyond obligations elsewhere in international law, there is no obligation of *aut dedere aut prosequi* under the ICC Statute that would give effect to international cooperation between states in ensuring prosecution of international crimes before national courts”⁶. Sin embargo, la ausencia de esa disposición obligatoria en el cuerpo del tratado no impide que este instrumento influya en los procedimientos nacionales, puesto que el propósito del principio de complementariedad previsto en el ER es poner fin a la impunidad a través del impulso y fortalecimiento de las jurisdicciones nacionales.

De igual manera, la obligación de juzgar los crímenes internacionales adquiere un protagonismo indiscutible en el marco operativo del ER, pues está directamente ligada a la necesidad de adaptación de las legislaciones nacionales con el fin de que los Estados puedan cumplir debidamente la obligación de reprimir estos crímenes en sede nacional.

Sección 2ª. La obligación de reprimir los crímenes internacionales en el ordenamiento internacional

Como sabemos, aunque el Derecho Internacional permite a los Estados perseguir extraterritorialmente los crímenes internacionales mediante la figura de la jurisdicción universal, en ciertas ocasiones el ejercicio de la jurisdicción penal es una obligación. Es el

⁵ Únicamente está implícita en el régimen de admisibilidad previsto en el art 17 que concede a la Corte la opción de intervenir cuando los Estados no asuman esa tarea, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos.

⁶ AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts? The Rome Statute’s Missing Half. Towards an Express and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, nº 5, 2010, p. 1249.

caso, indiscutible ya a día de hoy, del Estado territorial. Considerando que las normas primarias del Derecho Internacional Penal se destinan a los Estados, éstos no sólo tienen la obligación de impedir o prevenir dichos crímenes en sus territorios, sino que en caso de comisión, deben reprimirlos juzgando a los responsables individuales de los mismos. Sin embargo, el análisis de la obligación de enjuiciamiento de los crímenes internacionales cometidos fuera del territorio nacional implica diferenciar si existe una obligación del Estado de enjuiciar al presunto autor siempre y cuando éste se encuentre en su territorio o si en tal caso el ejercicio sería facultativo.

Al tratar la cuestión de la represión extraterritorial de los crímenes internacionales es frecuente encontrar referencias a la máxima *aut dedere aut iudicare* y al principio de jurisdicción universal, figuras intrínsecamente ligadas al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal⁷. Mediante la primera, que obedece a una disposición convencional establecida en numerosos instrumentos multilaterales con el fin de impedir la impunidad⁸, los Estados contratantes asumen la obligación de ejercer sus respectivas jurisdicciones penales sobre el presunto infractor que, habiendo cometido un crimen en un tercer Estado, se encuentre en su territorio, debiendo extraditarlo o juzgarlo. El concepto de jurisdicción universal en cambio—del que no existe una obligación internacional general que exija a los Estados a incorporarla a sus sistemas nacionales—se refiere a la *facultad* de un Estado, no a la

⁷ REMIRO BROTONS, Antonio, “La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad” en Antonio Remiro Brotóns, *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 494-499. Para un estudio exhaustivo de la cuestión véase también ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *La jurisdicción universal en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2016.

⁸ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3. Los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal tuvieron ocasión de matizar esta diferencia en su voto particular conjunto, § 41, véase en <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf> (última visita 18-05-17). Como explica Remiro Brotóns “(...) los tratados internacionales han llegado a forzar al juez del lugar en que el presunto responsable del crimen ha sido detenido -el *iudex apprehensionis*- a administrar por sí mismo justicia en el caso de que, por una u otra razón, rehúse la extradición solicitada por uno de los países cuya competencia se considera obligatoria (Convenio contra la Tortura..., 1984, art. 5.2). (...) La regla *aut dedere*...parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen, por ser el lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado, al que solicita la extradición. (...) Se trata, pues, de garantizar la universalidad en la represión dentro de un marco de jurisdicción no universal. La consecuencia es que si no hay petición de extradición (o si se deniega a un solicitante cuya competencia no es según el mismo tratado obligatoria) no hay obligación de juzgar. Sobre esta base cabría proponer que si la práctica convencional relativa a la regla *aut dedere*...hubiese originado ya una norma general, el *iudex apprehensionis* de un presunto responsable de genocidio o de crímenes contra la Humanidad estaría obligado en todo caso, incluso a falta de tratados, a aplicarla. En este sentido cabe interpretar el art. 9 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), que codifica la regla *aut dedere aut iudicare*” en REMIRO BROTONS, Antonio, “La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales... *op. cit.*”, pp. 494-495.

obligación, de ejercer su jurisdicción penal sobre ciertos crímenes con independencia del lugar donde éstos hayan sido cometidos o de la nacionalidad del autor⁹. En su forma más pura, no depende de ninguna obligación convencional y se funda sobre la idea de que algunos crímenes son tan graves que afectan a toda la comunidad internacional, por lo que todo Estado es libre de ejercer su jurisdicción penal para enjuiciar a los responsables¹⁰. Así pues, aunque el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado en cuyo territorio se encuentra el delincuente puede basarse en principios habilitadores diferentes del de universalidad, como por ejemplo la personalidad activa o pasiva, la previsión de la competencia judicial para actuar en virtud del principio de jurisdicción universal resulta necesaria cuando el Estado en cuestión no tenga ningún otro vínculo respecto del caso salvo el de la defensa de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto¹¹.

En este sentido, son numerosos los tratados internacionales destinados a hacer efectiva y eficaz la lucha contra la delincuencia que prevén la competencia de los jueces y tribunales nacionales para actuar con arreglo al principio de justicia universal¹². Como señala Orihuela Calatayud, aunque son diversos los motivos por los que los Estados han convenido en recoger la jurisdicción universal en los textos, considerando “los alegatos preambulares que los acompañan o que se encuentran en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones

⁹ *Ibid.*, p. 495: “(...) el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) parece sugerir (art. 8) un desarrollo progresivo del Derecho Internacional en cuya virtud se impondría a los Estados la asunción del principio de persecución universal. Pero sería excesivo afirmar que los Estados están ya obligados por una norma imperativa (*ius cogens*) a hacer tal cosa y cabe también interpretar la regla propuesta — si atendemos al comentario de la misma — como una expresión de la facultad que se reconoce a los Estados para ejercer su jurisdicción sobre los presuntos responsables de crímenes internacionales que se hallen en su territorio “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores” (*iudex apprehensionis*).”; WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰ ZGONEC-ROŽEJ, Miša, FOAKES, Joanne, “International criminals: extradite or prosecute?” en *International Law Briefing Paper*, July 2013, Chatham House, pp. 11-12. Para un análisis más exhaustivo sobre las diferencias entre ambos principios véase AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts?..”, *op. cit.*, pp.1251-1254; O’KEEFE, Roger, “Grave breaches regime and universal jurisdiction” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n° 4, 2009, pp. 811-831; INAZUMI, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*, Intersentia, Utrecht, 2005.

¹¹ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, p. 59.

¹² Entre otros, Convención de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes; Convención Interamericana, de 12 de septiembre de 1985, para prevenir y sancionar la tortura; Convención Interamericana, de 9 de junio de 1994, sobre desaparición forzada de personas; Convenio de 21 de febrero de 1971, sobre sustancias sicotrópicas; Convención de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; Convención de las Naciones Unidas, de 12 de enero de 1988, para la represión de los atentados terroristas con bombas; Convención de 30 de noviembre de 1973, sobre la eliminación y represión del crimen de *apartheid*, AGNU Res. 3068 (XXVIII); Convenio de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, sobre represión de del apoderamiento ilícito de aeronaves; Convenio Europeo, de 27 de enero de 1977, para la represión del terrorismo.

Unidas que los anexan, todo indica que con su conclusión los negociadores desean hacer efectiva la cooperación internacional en la lucha contra actos que, de una u otra forma, suponen un atentado a intereses fundamentales de la comunidad internacional y que contravienen obligaciones esenciales impuestas por el Derecho Internacional¹³. Estos convenios establecen un régimen facultativo respecto a la jurisdicción universal, que podría convertirse en obligatorio en relación a la puesta en marcha de ciertas actuaciones como resultado de la falta de actuación de algunos Estados o por la incorporación de la regla *aut dedere aut judicare* que otorga primacía al enjuiciamiento en estos instrumentos y el Estado obligado no dispone de ningún otro título habilitador para ejercer su jurisdicción¹⁴.

Si como venimos diciendo, los ‘core crimes’ atentan contra los intereses de toda la comunidad internacional en su conjunto, la naturaleza universal de estas conductas permite enjuiciarlas y castigarlas con independencia de quién las haya cometido, contra quién y dónde por no poder considerarlas ‘asuntos internos’ que sólo los Estados afectados puedan afrontar, de modo que como bien exponen algunos autores “the international community may defend itself with criminal sanctions against attacks on its elementary values”¹⁵. Así pues, no cabe duda de que el ejercicio de la jurisdicción universal, tal y como se planteó originariamente, es decir, en su forma más pura y sin la necesidad de vínculo alguno con el crimen por parte del Estado que desea enjuiciar, sería algo positivo en aras a crear una red global de títulos jurisdiccionales sobre crímenes internacionales que mejoraría notablemente las posibilidades de poner fin a la impunidad generalizada en relación a estas conductas.

Sin embargo, no puede pasarse por alto el retroceso que desafortunadamente viene sufriendo la figura de la jurisdicción universal, hasta tal punto de cuestionar si cabe aún considerarla ‘universal’. La última reforma española al amparo de la LO 1/2014¹⁶, fruto de reformas previas progresivamente restrictivas, ha vaciado prácticamente de contenido el propio principio establecido en 1985. Siguiendo la tendencia marcada por otros países vecinos y alejándose de su protagonismo pionero en el ejercicio de misma, el establecimiento de vínculos entre los hechos a juzgar y España hacen especialmente restringente el ejercicio de esta jurisdicción por parte de sus tribunales. La facultad de los Estados de incorporar este

¹³ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴ *Ibid.*, p. 52, 59.

¹⁵ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo de 2014 de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

principio en sus legislaciones nacionales deriva del carácter internacional de los crímenes para cuya sanción fue previsto y el legislador nacional puede decidir las condiciones para el ejercicio facultativo del mismo, limitándolo, por ejemplo, a supuestos en los que el presunto culpable se encuentre en su territorio aunque el Derecho Internacional no establezca dicha exigencia¹⁷. La clara tendencia a reducir el principio mediante el establecimiento de nexos como el mencionado, por tanto, no a exigencias jurídicas derivadas del Derecho Internacional, sino a otro tipo de consideraciones, como la prioridad al buen mantenimiento de las Relaciones Internacionales, posición lícita pero criticable a tenor de los compromisos asumidos en la lucha contra la impunidad¹⁸.

Dado que es la obligación de enjuiciamiento extraterritorial lo que especialmente nos interesa dilucidar, procederemos a analizar lo dispuesto en el Derecho Internacional convencional y consuetudinario con el fin esclarecer si, más allá de la obligación del Estado territorial y de la facultad de terceros Estados de ejercer la jurisdicción penal, puede constatarse una obligación general que en este sentido obligue a los Estados a sancionar los hechos ocurridos fuera de sus fronteras.

2.1. El deber de represión en el Derecho Internacional convencional

2.1.1. Crímenes de guerra

En el marco de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI, los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I de 1977 establecen la obligación de terceros Estados de ejercer su jurisdicción penal, aunque presentan varias particularidades en relación a la misma. Las disposiciones relevantes en este sentido señalan que

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o

¹⁷ PIGRAU SOLÉ, Antoni, *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, RxDH Col·lecció per Drets Humans, Oficina de Promoció de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, p. 68.

¹⁸ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, pp. 23-90, 101-140; SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “El fin del modelo español de Jurisdicción Universal” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27, 2014, pp. 1-40.

dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes¹⁹.

Así pues, del texto se desprenden tres obligaciones que estos instrumentos imponen a las partes contratantes. La primera consiste en adoptar la legislación nacional necesaria para fijar las sanciones penales adecuadas; la segunda exige a las partes a buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer cualquiera de las infracciones graves recogidas en sus disposiciones; y la tercera les obliga a hacer comparecer a estas personas ante sus propios tribunales, independientemente de su nacionalidad, o les permite trasladarlas a otra parte contratante para que sea ésta quien juzgue, siempre y cuando ésta haya formulado cargos suficientes, pues de lo contrario, el enjuiciamiento en el primer escenario será obligatorio. Como bien señala Orihuela Calatayud, las dos últimas obligaciones presentan un carácter *self-executing* dado que no están supeditadas a su desarrollo normativo en el Derecho interno, mientras que la primera requiere acción por parte de los Estados en atención al principio de legalidad, exigiendo a éstos establecer en sus ordenamientos internos las penas para los crímenes recogidos en estos tratados. De esta manera, el ejercicio de la jurisdicción universal respecto a las infracciones graves de los convenios que forman los pilares del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), tiene su fundamento jurídico en las disposiciones convencionales²⁰.

Al margen de las implicaciones que entraña el hecho de que estos artículos excluyan los conflictos armados internos y las infracciones de los mismos que no alcanzan la categoría de ‘infracciones graves’—casos en los que los Estados tienen la facultad, pero no la obligación, de perseguir esas infracciones—²¹, podría decirse que el contenido de la obligación de

¹⁹ I. Convenio de Ginebra, art 49; II. Convenio de Ginebra, art 50; III. Convenio de Ginebra, art 129; IV. Convenio de Ginebra, art 146 y Protocolo Adicional I arts. 85, 86-88. Sobre esta cuestión véase también KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 11.

²⁰ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *Ibid.*, pp. 55-56. Sin embargo, como advierte esta autora, una cosa es que el fundamento para su ejercicio se encuentre en los tratados y otra bien distinta que los tribunales nacionales puedan ejercerla directamente, ya que puede que el derecho nacional obligue a incorporar previamente el reconocimiento de esa competencia para poder ser ejercida por los tribunales domésticos.

²¹ MERON, Theodor, “Is international law moving towards criminalization?” en *European Journal of International Law*, vol. 9, nº 1, 1998, p. 23: “The fact that the Geneva Conventions created the obligation of *aut dedere aut judicare* only with regard to grave breaches does not mean that significant other breaches of the

perseguir y castigar a los presuntos responsables de las infracciones graves es muy amplio, en el sentido de que los convenios obligan a los Estados sobre la base de cualquier principio jurisdiccional, incluida la jurisdicción universal, contemplando asimismo la alternativa de entregar al sospechoso a otro Estado parte si éste previamente ha solicitado su extradición²².

Sin embargo, cabe preguntarse cuál es el alcance de la obligación de “buscar y hacer comparecer ante los tribunales estatales” al individuo acusado de infracciones graves, es decir, si ésta compete únicamente al Estado en el que éste se halla o si por el contrario corresponde a todas las partes contratantes. Dado que tanto estos convenios como el Protocolo Adicional I han sido aceptados de manera casi universal²³, podría no resultar tan descabellado afirmar que obligan a todos los Estados a buscar a los responsables en cualquier lugar, estén o no en su territorio. Sin embargo, esto supondría una carga demasiado pesada para los Estados y poco realista²⁴, de manera que esta obligación recae, al menos, sobre el Estado parte en el que se encuentre el presunto autor. En estos términos se manifestó el Tribunal Supremo español en una sentencia relativa al archivo del *asunto Tíbet* mediante un análisis interesante aunque conservador del ejercicio de la justicia universal, en el que defendió el carácter obligatorio de este mecanismo en el caso de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra respecto del Estado custodio²⁵.

Geneva Conventions may not be punished by any state party to the Convention, or by international criminal tribunals, provided that they reflect significant obligations and customary law. In my view, any third state has the right, although probably not the duty, to prosecute serious violations of the Geneva Conventions, including those of common Article 3, even when it has no special nexus with either the offender or the victim.”

²² En este sentido, hay voces que subrayan la obligatoriedad de perseguir a los presuntos individuos en lugar de entender que esas disposiciones de los Convenios ofrecen opciones alternativas a los Estados parte: “une obligation de poursuivre les personnes prévenues d’infractions graves aux Conventions de Genève et non pas une compétence alternative *aut dedere aut prosequi*, ni même une compétence alternative *aut prosequi aut dedere*. L’exercice de la compétence n’est pas subsidiaire à une extradition mais absolu [...] En ce sens, l’obligation prévue par [les Conventions] est une obligation de rechercher et de poursuivre en premier lieu, avec la possibilité facultative pour l’Etat où se trouve le prévenu de le remettre à un autre Etat, pour autant que celui-ci retienne également des charges suffisantes contre ce prévenu. On se trouve ainsi en présence [...] [du] modèle *primo prosequi, secundo dedere*”, en HENZELIN, Marc, *Le principe de l’universalité en droit pénal international: Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Bruylant, Bruxelles, 2001, reflexión compartida por otros autores: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3 ed., Oxford, 2013, p. 286.

²³ Véase la participación y ratificación de estos instrumentos en el siguiente enlace: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf> (última visita 18-05-17).

²⁴ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, p. 56, en referencia a STERN, B., “À propos de la compétence universelle” en Emile Yakpo, Tahar Boumedra (Eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, Kluwer, The Hague, 1999, p. 749.

²⁵ Sentencia nº 296/2015 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 6 de Mayo de 2015, fundamento de derecho vigesimoséptimo: “El artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece el principio de Justicia Universal obligatoria para los Estados firmantes en el sentido de imponer la obligación de juzgar o extraditar a los responsables de las Infracciones Graves del Convenio, cualquiera que sea el lugar del mundo donde se cometió la infracción y

Además, el cumplimiento de esta obligación no está sujeto al requerimiento de otro Estado, sino que debe asumirse desde el momento en el que el Estado en cuestión tenga conocimiento de la presencia del individuo en su territorio²⁶. Esto implica que el Estado únicamente podrá liberarse de esa obligación en el caso de que reciba una solicitud de entrega bien de un tercer Estado que haya presentado cargos suficientes o bien de un tribunal internacional al que las partes hubieran reconocido competencia. Estaríamos pues, tal y como la denominaron Tomuschat y los jueces del Tribunal Supremo, ante una suerte de jurisdicción universal obligatoria²⁷. En este sentido, no cabe entender estas disposiciones como una mera expresión de la regla *aut dedere aut judicare*, ya que, si consideramos no sólo que el objeto y fin de estos tratados es evitar que los responsables de infracciones graves no escapen a la justicia, sino que su art. 1 recoge la obligación de respetar y hacer respetar estos instrumentos, debería entenderse que “sirven de fundamento al ejercicio de la jurisdicción universal por cualquier Estado parte y habilitan a su reconocimiento en Derecho interno, más allá de lo estrictamente obligatorio, siempre que se considere adecuado y necesario. El ejercicio de la jurisdicción universal representa una de las formas de *hacer cumplir* lo establecido en estos tratados, resulta deseable e, incluso, puede resultar imprescindible cuando los mecanismos desplegados para obligar al cumplimiento fallan”²⁸.

Ahora bien, como decimos, no puede hablarse de obligación en ausencia de la presencia del presunto criminal. Destacan reconocidas voces que defienden una lectura más restrictiva de estas disposiciones entendiendo que la obligación *aut dedere aut judicare* en este caso debe ejercerse sobre la base de los principios de jurisdicción penal generalmente adoptada y prevista por los Estados en sus jurisdicciones internas, entre las que, afirman, no se encuentra el de la jurisdicción universal²⁹. Así pues, consideran que estos convenios amparan el ejercicio de la jurisdicción universal de un Estado parte siempre y cuando el presunto autor se

cualquiera que sea la nacionalidad del responsable. Pero esta obligación está referida a los supuestos en que estos responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención”. Sobre la aplicación del principio de justicia universal previo a la reforma introducida por la LO 1/2014 en relación a las infracciones graves véase SÁNCHEZ PATRÓN, José M., “La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso Couso” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14, 2007, pp. 1-21.

²⁶ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, pp. 56-57.

²⁷ TOMUSCHAT, Christian, *op. cit.*, pp. 327 y ss.: “what is meant is the case in which ‘States are not only empowered, but also enjoined, to prosecute and try alleged offenders under their jurisdiction, no matter where the crime concerned was committed.’”

²⁸ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, p. 58.

²⁹ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *International Criminal Law... op. cit.*, pp. 286-287.

encuentre en su territorio, negando así la posibilidad de su ejercicio *in absentia*. En otras palabras, no es necesario que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción penal guarde ningún vínculo directo con el crimen, pero sí debe ser necesariamente el Estado custodio, ya que “if an accused was not on the state’s territory, the state would not be able to exercise its right to choose between commencing national proceedings, as ‘regardless of the nationality’ of the alleged perpetrator of a grave breach, and surrendering him to another contracting state. (...) it is no coincidence that all subsequent treaties explicitly laying down the universality principle make the exercise of universal jurisdiction conditional on the presence of the accused on the territory of the contracting state”³⁰.

En este sentido, aunque el régimen de jurisdicción universal recogido en estos instrumentos podría considerarse, en principio, facultativo, lo cierto es que ante supuestos en los que ni el Estado territorial, ni el Estado de la nacionalidad del autor, ni el de la nacionalidad de las víctimas, así como tampoco el Estado donde se halle el autor ejercen su jurisdicción o no están en condiciones de hacerlo, podría defenderse que su ejercicio se presenta como la única solución a menos que intervenga la CPI y ésta se declare competente. En estos casos podría resultar obligatorio como consecuencia de la falta de acción de aquéllos que tengan un título habilitador preferente, lo que obligaría al Estado que la ejerce, al menos, a dar curso a la instrucción y a la solicitud de extradición. De este modo, cabría considerar que el régimen de jurisdicción universal recogido en los Convenios de Ginebra difiere del previsto en otros tratados internacionales en que su carácter no es absolutamente facultativo³¹. Sin embargo, si bien su ejercicio sería el escenario idóneo para disminuir la impunidad por infracciones graves, no puede negarse que la práctica estatal no muestra ese proceder. Como exponíamos anteriormente, las sucesivas reformas estatales muestran el retroceso que lamentablemente atraviesa este principio y la voluntad de los Estados de ‘domarla’ y rechazar su forma más pura³², de manera que, aunque su ejercicio obligatorio más allá de la forma adoptada por el *aut dedere aut judicare* fuera sin duda deseable, no puede constatarse por el momento un apoyo sólido en ese sentido en lo que se refiere a su ejercicio por parte de terceros Estados en cuyo territorio no se encuentra el presunto culpable.

³⁰ *Ibid.*, p. 287.

³¹ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, p. 59.

³² SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “El fin del modelo español de... *op. cit.*, pp. 29-33, 39.

2.1.2. Genocidio

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 obliga a los Estados parte a sancionar penalmente a los responsables de tales conductas³³, obligación que convencionalmente, no obstante, sólo concierne de forma expresa a los Estados territoriales³⁴, esto es, que obedece al principio de *locus delicti*³⁵. Algunos autores consideran que aunque este tratado no contenga una cláusula sobre el principio *aut dedere aut judicare* de forma explícita, una interpretación moderna del tratado podría equivaler a tal principio³⁶. De hecho, en vista de la naturaleza del crimen que prohíbe, cabría ir más allá y defender no sólo que *podría* entenderse de ese modo, sino que *debería* entenderse como tal. Considerando en retrospectiva las deficiencias del régimen establecido en la Convención —que pueden observarse por tratarse de un crimen cometido en la mayoría de casos con la participación o connivencia de las autoridades estatales—, la probabilidad de que se ejerza realmente la jurisdicción penal territorial es mínima³⁷, de ahí que se abogue por la jurisdicción universal de carácter obligatorio sobre este crimen³⁸. Atendiendo únicamente a la literalidad del tratado, la obligación de reprimir el genocidio vincula exclusivamente al Estado territorial y una obligación más allá de ese parámetro, que no una facultad, respondería a la existencia de dicha norma en el Derecho consuetudinario.

³³ Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, art. 5: “Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.”

³⁴ *Ibid.*, art. 6: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.”

³⁵ Esta obligación convencional del Estado territorial no descarta la opción de que los Estados parte establezcan su jurisdicción penal sobre la base de otros fundamentos jurisdiccionales, es decir, no prohíbe el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados.

³⁶ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on... op. cit.*, p. 45; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 3 ed., Cambridge, 2014, p. 76, nota 66; DAVID, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 4 ed., Bruselas, 2008, pp. 667-668.

³⁷ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *International Criminal Law, op. cit.*, p. 286.

³⁸ SCHABAS, William A., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2 ed., Cambridge, 2009, p. 410: “The fundamental difficulty with genocide prosecutions based on territorial jurisdiction is a practical one. States where the crime took place are unlikely to be willing to proceed, either because the perpetrators remain in power or influence, or perhaps because a post-genocide social and political *modus vivendi* is built upon forgetting the crimes of the past. For this reason, it is often said that universal jurisdiction must be a *sine qua non* if those responsible for genocide are to be brought to book.”

En este sentido, la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) ya ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en aquellas ocasiones en las que se ha buscado su apoyo para defender una obligación más amplia que la recogida explícitamente en el convenio, y aunque su jurisprudencia no ha sido favorable a esa lectura progresista, tampoco ha sido del todo clara y coherente. Así, en la conocida Opinión de 1951 relativa a las Reservas a la Convención, la CIJ expresó que “[l]os principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios, sino un interés común”³⁹. Parte de la doctrina entiende que de esta afirmación podría extraerse que los principios que inspira la Convención han sido reconocidos como vinculantes por todos los Estados y que por lo tanto la premisa *aut dedere aut judicare* es de carácter universal en cuanto a este crimen⁴⁰, lo que obligaría al menos, al Estado custodio a extraditar o a juzgar al presunto culpable, tesis que sin duda merece más apoyo que crítica.

En el asunto *Orden de Arresto* los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal manifestaron en su voto particular que la Convención no limita el ejercicio de la jurisdicción penal al Estado territorial y adujeron asimismo al carácter voluntario de la jurisdicción universal, sin hacer mención a una obligación extraterritorial del ejercicio de la acción penal:

“Article VI of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, provides:

‘Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in Article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.’ This is an obligation to assert territorial jurisdiction, though the *travaux*

³⁹ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, publicación de Naciones Unidas ST/LEG/SER.F/1, p. 26: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf (última visita 18-05-17).

⁴⁰ VERNET, Paula M., NELIO MOLLAR, Marcos, “El concepto de genocidio en el derecho internacional actual a la luz de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro” en José Alejandro Consigli (Coord.), *El genocidio ante la Corte Internacional de Justicia*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2009, p. 208; STEVEN, Lee A., “Genocide and the duty to extradite or prosecute: why the United States is in breach of its international obligations” en *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pp. 425-466. En una posición contraria, autores como Cryer consideran que este razonamiento de la CIJ resulta controvertido porque implica una obligación de actuar que proviene de un interés en prevenir el genocidio al tiempo que no existe evidencia de una práctica estatal que asuma ni refleje ese deber partiendo de la naturaleza de la obligación. Véase CRYER, Robert, *Prosecuting International Crimes* CRYER, Robert, *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 103.

préparatoires do reveal an understanding that this obligation was not intended to affect the right of a State to exercise criminal jurisdiction on its own nationals for acts committed outside the State (AIC.61SR.134, p. 5). Article VI also provides a potential grant of non-territorial competence to a possible future international tribunal — even this not being automatic under the Genocide Convention but being restricted to those Contracting Parties which would accept its jurisdiction. In recent years it has been suggested in the literature that Article VI does not prevent a State from exercising universal jurisdiction in a genocide case.”⁴¹

Sin embargo, la jurisprudencia más relevante y reciente sobre esta cuestión la encontramos en la sentencia de 2007 sobre el genocidio bosnio, donde la CIJ señaló que la obligación de enjuiciar se limita al Estado territorial, mientras que los terceros Estados están facultados para hacerlo, si así lo desean, en virtud de otros títulos aceptados por el Derecho Internacional en el ejercicio del Derecho penal, en concreto el de la nacionalidad del autor⁴². Al hilo de esta cuestión, Schabas considera que “[H]ad the Court or some of its judges felt that there was a customary legal duty going beyond the terms of the Convention, words to this effect might have been found in the judgment or in one of the individual opinions”⁴³.

La jurisprudencia de otros tribunales internacionales como el TIPY y el TPIR, por su parte, apuntan al carácter *ius cogens* de la prohibición del genocidio, estableciendo que los principios de la Convención integran el Derecho Internacional consuetudinario⁴⁴. En el caso *Jelisić* el TIPY expresó lo siguiente: “the Convention has become one of the most widely accepted international instruments relating to human rights. There can be absolutely no doubt that its provisions fall under customary international law as, moreover, noted by the International Court of Justice as early as 1951. The Court went even further and placed the crime on the level of jus cogens because of its *extreme gravity*”⁴⁵. El TPIR se pronunció en términos similares en los asuntos *Akayesu*⁴⁶ y *Kayishema*⁴⁷, reiterando la naturaleza

⁴¹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal), § 27.

⁴² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43, § 442. Cabe señalar que la sentencia más reciente de la CIJ en relación al crimen de genocidio es la siguiente: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 03-02-15. Sin embargo las demandas de ambas partes fueron rechazadas por no apreciar los jueces el *mens rea* que requiere la comisión de este crimen, de manera que no hubo lugar a discutir el alcance del principio *aut dedere aut judicare* en este caso.

⁴³ SCHABAS, William A., *Genocide in International Law*, *op. cit.*, p. 477.

⁴⁴ VERNET, Paula M., NELIO MOLLAR, Marcos, *op. cit.*, p. 208; CASSESE, Antonio, GAETA, Paola. *et al.*, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁵ *Jelisić*, IT-95-10-T, Judgment, 14-12-99, § 60.

⁴⁶ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment 02-09-98, § 495: “The Genocide Convention is undeniably considered part of customary international law, as can be seen in the opinion of the International Court of Justice on the

consuetudinaria de la Convención y su carácter *ius cogens*. A tenor de lo expuesto, puede afirmarse que la prohibición de cometer el crimen de genocidio está ya aceptada como norma de Derecho consuetudinario, habiendo alcanzado el estatus de norma *ius cogens*. Sin embargo, este estatus no parece implicar necesariamente que la obligación de reprimirlo, con carácter extraterritorial, se haya consolidado y sea ya parte del Derecho consuetudinario y como tal, vinculante para todos los Estados. Así, si bien actualmente tanto la jurisprudencia como la doctrina aceptan que el principio de territorialidad no es la única base para ejercer la jurisdicción penal a nivel nacional sobre este crimen, la obligatoriedad de su ejercicio con carácter extraterritorial convencionalmente hablando está lejos de ser una realidad⁴⁸.

2.1.3. Crímenes contra la humanidad

Respecto a los crímenes contra la humanidad puede decirse que, como es sabido, antes de la adopción del ER no había ningún tratado que recogiera de forma integral la definición del crimen contra la humanidad, ni la obligación de los Estados de proceder a su enjuiciamiento, por lo que el Derecho convencional no ofrece una base sólida en relación a esta categoría. No obstante, como bien apunta Cryer, en el caso de los crímenes contra la humanidad que impliquen tortura el Derecho convencional sí contempla la obligación de perseguir estos actos al menos bajo los principios de territorialidad, nacionalidad y personalidad pasiva establecidos para los Estados parte en la Convención contra la Tortura, aunque considera que el alcance consuetudinario de esta obligación es incierto⁴⁹. La CIJ tuvo ocasión de abordar la naturaleza y el ámbito de las obligaciones recogidas en este tratado en el asunto contra el expresidente de Chad *Hissène Habré*⁵⁰, donde el tribunal manifestó que el art. 7(1) de la

provisions of the Genocide Convention, and as was recalled by the United Nations' Secretary-General in his Report on the establishment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”.

⁴⁷ *Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Judgment, 21-05-99, § 80: “The Genocide Convention became widely accepted as an international human rights instrument. Furthermore, the crime of genocide is considered part of international customary law and, moreover, a norm of *ius cogens*”.

⁴⁸ KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the...op. cit.*, p. 18: “Thus it was widely accepted prior to the adoption of the Rome Statute that customary international law had widened the jurisdictional scope over the crime of genocide to allow for the exercise of jurisdiction based on criteria other than territoriality, including active nationality and universal jurisdiction. Whether the exercise of that jurisdiction is obligatory, however, was subject to controversy”; BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 597.

⁴⁹ CRYER, Robert, *Prosecuting International Crimes...op. cit.*, p. 103 en relación al voto particular de los jueces Higgins, Kooijmans y Burgenthal en el caso Yerodia, §§ 42-43. Véase también, SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on... op. cit.*, p. 45.

⁵⁰ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (*Belgium v. Senegal*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

Convención contra la tortura requiere que el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto autor remita el caso a sus propias autoridades competentes con el propósito de dar curso al enjuiciamiento, sin perjuicio de la existencia previa de una solicitud de extradición. Así, el art. 6(2) obliga al Estado en custodia a realizar la instrucción preliminar del caso desde el momento en el que el presunto culpable se encuentre en su territorio, que podrá resultar, eventualmente, en el inicio de procedimientos a la luz de las pruebas ante las autoridades nacionales competentes⁵¹.

En cuanto a la prioridad entre la obligación de juzgar y la de extraditar que recoge la Convención, la CIJ expuso lo siguiente en el mismo asunto: “It follows that the choice between extradition or submission for prosecution, pursuant to the Convention, does not mean that the two alternatives are to be given the same weight. Extradition is an option offered to the State by the Convention, whereas prosecution is an international obligation under the Convention, the violation of which is a wrongful act engaging the responsibility of the State”⁵². Esta interpretación de la CIJ fue tomada en cuenta por la CDI y reflejada en el *Informe final del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*⁵³. Como apuntan algunos autores, si bien los comentarios de la CIJ se limitan a la Convención contra la Tortura, éstos pueden resultar de gran ayuda para interpretar disposiciones similares de otros tratados y para observar su implicación en las leyes internas de jurisdicción universal⁵⁴, aunque como la formulación del principio *aut dedere aut judicare* difiere en los distintos instrumentos, es imprescindible realizar un análisis caso por caso⁵⁵. Es lo que sucede, por ejemplo, con el crimen de desaparición forzada, que al igual que el de tortura, cuenta con una base convencional que obliga a su persecución y enjuiciamiento independientemente de una previa solicitud de entrega⁵⁶. La Convención contra el crimen de apartheid por su parte, también obliga a los Estados parte a “adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a

⁵¹ *Ibid.*, § 94.

⁵² *Ibid.*, § 95.

⁵³ Informe final del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) de la CDI, celebrado en el 66º período de sesiones en Ginebra, entre mayo y agosto de 2014. pp.10-11. Versión inglés: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf (última visita 18-05-17).

⁵⁴ HUESA VINAIXA, Rosario, “La jurisdicción extraterritorial española sobre el tráfico ilícito de armas y los tratados internacionales suscritos por España” en *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, nº 31, 2016, pp. 39-40.

⁵⁵ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁶ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006.

las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas”⁵⁷, sin establecer en cambio la máxima *aut dedere aut judicare* en los términos recogidos en los Convenios de Ginebra o la Convención contra la Tortura.

A pesar de lo expuesto, debe señalarse muy positivamente la labor que actualmente la CDI está desarrollando en la elaboración de un proyecto de artículos sobre los crímenes contra la humanidad con el fin de adoptar un convenio internacional en la materia. Hasta la actualidad han visto la luz dos informes del Relator Especial⁵⁸ y cabe destacar que en el último se incluyen dos propuestas de artículos que contemplan tanto el ejercicio de la jurisdicción universal como el principio *aut dedere aut judicare*⁵⁹, además de otra disposición que da prioridad al inicio del procedimiento penal en sede nacional cuando el presunto autor se encuentre en el territorio de alguno de los Estados parte⁶⁰, lo que sin duda ayudará

⁵⁷ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, art. 4(b).

⁵⁸ En su sexagésimo quinto período de sesiones (2013) la CDI decidió incluir el tema de los crímenes contra la humanidad en su programa de trabajo a largo plazo y los trabajos se iniciaron en 2014 con el nombramiento de Sean D. Murphy como Relator Especial. Hasta la fecha se han presentado dos informes.

Véanse Doc. A/CN.4/680, de 17 de febrero de 2015:

<http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/680&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/67/&Lang=S>

Doc. A/CN.4/690, de 21 de enero de 2016:

<http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/690&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/68/&Lang=S>

⁵⁹ Doc. A/CN.4/L.873, de 3 de junio de 2016

<http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.873&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/68/&Lang=S>

(última visita 18-05-17).

Proyecto de artículo 6. Establecimiento de la competencia nacional

“1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 en los siguientes casos:

a) cuando el delito sea cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) cuando el presunto infractor sea nacional de ese Estado o, si ese Estado lo considera apropiado, una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio;

c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado si este lo considera apropiado.

2. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5 en los casos en que el presunto infractor se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extradite o lo entregue de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de artículos.

3. El presente proyecto de artículos no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por un Estado de conformidad con su derecho interno.”

Proyecto de artículo 9. Aut dedere, aut judicare

“El Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, salvo que extradite o entregue a la persona a otro Estado o tribunal penal internacional competente. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado.”

⁶⁰ *Proyecto de artículo 8. Medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio.*

enormemente a establecer un mecanismo eficaz en la lucha contra la impunidad de estos crímenes.

Con el fin de suplir las carencias o vacíos convencionales respecto a ciertos crímenes contra la humanidad, quienes abogan por una obligación general de perseguir los crímenes internacionales también han recurrido a la interpretación de tratados de derechos humanos para tratar de fundar dicha obligación *aut dedere aut judicare* en el Derecho Internacional de los derechos humanos⁶¹. En este sentido Akhavan observa que “Since there is no longer a requirement of a nexus with armed conflict, and notwithstanding the requirement of a contextual element, crimes against humanity may be assimilated to widespread or systematic human rights violations. Thus, the conventional duty to hold perpetrators of serious human rights violations accountable (e.g. for arbitrary executions, torture, etc.) may broadly correspond to an obligation to repress the core international crimes”⁶². Ciertamente, al haber desaparecido el nexo entre los crímenes contra la humanidad y los conflictos armados que preveían la Carta de Núremberg y el Estatuto del ICTY, podría afirmarse que los crímenes contra la humanidad ya no se vinculan a las leyes de la guerra sino al Derecho de los derechos humanos⁶³.

De hecho, los actos enumerados en el art. 7 del ER, como por ejemplo el asesinato, la deportación, la tortura o las desapariciones forzadas, se corresponden sustancialmente con violaciones graves de derechos humanos cuando se cometen en el contexto de un ataque

“1. Si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, todo Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre una persona sospechosa de haber cometido alguno de los delitos mencionados en el proyecto de artículo 5, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales para asegurar su presencia. La detención y las otras medidas legales se llevarán a cabo de conformidad con la legislación de ese Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega.

2. Dicho Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. Cuando un Estado, de conformidad con el presente proyecto de artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 6, párrafo 1. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente proyecto de artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su competencia.”

⁶¹ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on... op. cit.*, p. 45: “As for crimes against humanity generally, and war crimes other than grave breaches, there is little to rely upon in treaty law. The most compelling authority for a duty to prosecute now comes from international human rights law, where there is an obligation to prosecute not only international crimes but also all serious crimes against the person”; AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts?...”, *op. cit.*, p. 1257.

⁶² AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts?...”, *op. cit.*, p. 1257.

⁶³ AMBOS, K., WIRTH, S., “The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum*, 13(1), 2002, p. 24.

generalizado o sistemático contra la población civil⁶⁴, de modo que la obligación de perseguir las violaciones graves de derechos humanos aisladas o aleatorias quedaría subsumida por la obligación de perseguir la comisión de dichos actos a gran escala en el ámbito del art. 7 del ER. Así pues, los Estados tienen el deber de ‘respetar y asegurar’⁶⁵ los derechos recogidos en varias convenciones de derechos humanos, una cláusula que podría entenderse como la obligación de perseguir y enjuiciar algunas violaciones serias de derechos humanos⁶⁶, aunque, apuntan, cualquier obligación de estas características únicamente atañe a los Estados parte en estos instrumentos, limitándose a las violaciones de derechos humanos vinculadas a las personas que se encuentran en sus territorios, sujetas a sus jurisdicciones o bajo su control, sin poder extraer por tanto, una obligación que vincule a todos los Estados⁶⁷.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido enormemente al desarrollo de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los derechos humanos⁶⁸, aunque como apunta un sector de la doctrina, quizás sea aún pronto para afirmar que esta jurisprudencia sobre obligaciones positivas para los Estados con arreglo a los tratados de derechos humanos pueda entenderse como constitutiva de una obligación absoluta de perseguir y enjuiciar todos los crímenes internacionales en cualquier circunstancia, ya que obedece a situaciones y contextos específicos que no pueden trasladarse sin matices a otros órganos de derechos humanos⁶⁹. Como indica Ambos, “the duty to respect and ensure and the right to remedy provisions of general human rights treaties does *not necessarily*— contrary to the dominant opinion in the doctrine and the case law of the Inter-American Court of Human Rights— entail an obligation of *criminal* prosecution since the rights may also be ‘ensured’ through other mechanisms and such mechanisms may constitute ‘remedies’ within the meaning of these provisions. In addition, it is controversial whether the general obligation to effectively protect human rights entails the active prosecution of the perpetrators given that

⁶⁴ *Blaskić*, (IT-95-14-A), Judgment, 29-07-04, § 143: “The Appeals Chamber considers that the inherent right to life and to be free from cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is recognized in customary international law and is embodied in Articles 6 and 7 of the ICCPR, and Articles 2 and 3 of the ECHR.”

⁶⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 2.

⁶⁶ CRYER, Robert, *Prosecuting International...op. cit.*, p. 103; KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome...op. cit.*, pp. 22-23.

⁶⁷ CRYER, Robert, *Prosecuting International...op. cit.*, p. 104.

⁶⁸ Especialmente con los conocidos asuntos *Velasquez-Rodriguez c. Honduras* (14-09-88) y *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. c. Perú)*, 14-03-01)

⁶⁹ CRYER, Robert, FRIMAN, Hakan *et al.*, *op. cit.*, p. 77.

human rights treaties also pretend to protect these same perpetrators by way of fair trial provisions and other substantive rights”⁷⁰.

Así, respecto a la obligación de investigar y enjuiciar las violaciones graves de derechos humanos puede decirse que, como norma general, esta obligación se limita jurisdiccionalmente al principio de territorialidad, permitiendo el ejercicio de la jurisdicción en el caso de que la víctima de la violación esté sujeta a la de un Estado parte en el tratado de derechos humanos que corresponda, siendo de carácter voluntario y por tanto no asimilable al principio *aut dedere aut judicare*⁷¹. Además, respecto a terceros Estados no puede derivarse una obligación de los tratados de Derecho Internacional de los derechos humanos. Como exponen Werle y Jessberger, se trata de una obligación accesoria al derecho violado y por lo tanto, el Estado territorial únicamente debe garantizar la protección de los derechos humanos mediante la normativa penal adecuada que sancione sus violaciones, sin que la obligación de perseguir o enjuiciar pueda ir más allá de dicha obligación de protección dentro de los límites de la soberanía territorial⁷².

A la luz de lo expuesto, puede considerarse que en relación a los crímenes internacionales más graves y objeto de estudio el Derecho Internacional convencional establece obligaciones de represión limitadas al Estado territorial y sólo en algunos casos, como las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional I y los crímenes de tortura o desaparición forzada, estipula explícitamente una obligación de enjuiciamiento con carácter extraterritorial, en ocasiones, además, siendo prioritario el enjuiciamiento a la extradición. La existencia de una obligación extraterritorial más allá de lo dispuesto en los convenios requiere, pues, dirigirse a la costumbre internacional y a los avances que pueden detectarse en este ámbito.

⁷⁰ AMBOS, Kai, “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC” en Kai Ambos, Judith Large, Marieke, Wierda (Eds.), *Building a future on peace and justice*, Springer-Verlag, Berlin, 2009, p. 30.

⁷¹ KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome...op. cit.*, p. 25; AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts...op. cit.”, p. 1258.

⁷² WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 83.

2.2. El deber de represión en el Derecho Internacional consuetudinario

La costumbre internacional también puede ser fuente de obligaciones para los Estados en lo que a su deber de ejercer la jurisdicción penal se refiere. Y es que, como hemos podido comprobar, entre los crímenes internacionales que carecen de régimen convencional y los que aun teniéndolo no regulan el enjuiciamiento de sus culpables con carácter extraterritorial se encuentran precisamente el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra que no son considerados infracciones graves de los Convenios o del Protocolo Adicional I o los cometidos en conflictos armados internos. Dado que, tal y como se ha señalado, la obligación de reprimir estos crímenes con carácter extraterritorial no puede deducirse del Derecho convencional existente⁷³, la existencia de la misma sólo podría afirmarse en virtud de una obligación consuetudinaria de la máxima *aut dedere aut judicare*.

La naturaleza consuetudinaria de la prohibición del genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra ya es considerada como parte del *ius cogens*⁷⁴, categoría normativa que no permite derogación y cuyo cumplimiento es, como sabemos, obligatorio para todos los Estados. En este sentido, el TIPY reconoce que la mayoría de normas de DIH en particular las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, también son normas imperativas de Derecho Internacional o *ius cogens*, es decir, normas de carácter inderogable⁷⁵. En el caso *Furundžija* el tribunal subrayó la naturaleza *ius cogens* de la prohibición de la tortura aunque sin referirse a la obligación *aut dedere aut judicare*⁷⁶. En el caso *Blškić*, la Sala de Apelaciones (en adelante SA) sí declaró la existencia de una obligación consuetudinaria de juzgar o extraditar a los presuntos responsables de infracciones graves del DIH, aunque sin llegar a profundizar más en la cuestión⁷⁷. El asunto

⁷³ AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts...*op. cit.*”, pp. 1258-1259.

⁷⁴ BASSIOUNI, Cherif M., “The duty to prosecute and/or extradite: *aut dedere aut judicare*” en M. Cherif Bassiouni (Ed.), *International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, 3 ed., Leiden, 2008, vol. II, p. 42.

⁷⁵ *Kupreškić et al.*, IT-95-16-T, Judgment, 14-01-00, § 520.

⁷⁶ *Furundžija*, IT-95-17/1-T, Judgment, 10-12-98, §156: “(...) at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad.”

⁷⁷ *Blškić*, IT-95-14, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29-10-97, § 29: “The International Tribunal is not intended to replace the courts of any State; under Article 9 of the Statute it has concurrent jurisdiction with national courts. National courts of the States of the former Yugoslavia, like the courts of any State, are under a

debatido es si el carácter *ius cogens* de la prohibición de cometer estos crímenes genera una obligación consuetudinaria de reprimirlos extraterritorialmente, es decir, si hace del principio *aut dedere aut iudicare* una máxima de obligatorio cumplimiento en estos casos⁷⁸. La jurisprudencia del TIPY únicamente sugiere que, salvo las infracciones graves al DIH, este estatus permite a los Estados perseguir estos crímenes bajo el título de la jurisdicción universal, sin estar obligados a ello.

La CIJ, por su parte, ha sido cauta en reconocer esta obligación, refiriéndose a la facultad de los Estados de ejercer la jurisdicción penal mediante la jurisdicción universal, pero no al deber de hacerlo⁷⁹. La opinión contraria de la jueza van der Wyngaert en el asunto *Orden de Arresto*, resulta muy interesante, pues es muy crítica con la opinión mayoritaria al considerar que no tuvo debidamente en cuenta el desarrollo del Derecho Internacional Penal y el estatus alcanzado por el principio de responsabilidad internacional penal individual⁸⁰. Aunque resaltó la importancia de distinguir derechos y obligaciones y se refiriera al derecho o facultad de los Estados para ejercer la jurisdicción universal⁸¹, su análisis apunta hacia esa tendencia de reconocer el deber de reprimir los crímenes internacionales con carácter extraterritorial. En

customary-law obligation to try or extradite persons who have allegedly committed grave breaches of international humanitarian law”.

⁷⁸ MITCHELL, Claire, *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, Collections électroniques de l’Institut de hautes études internationales et du développement, Graduate Institute Publications Online, 2009, §§ 21-24 <http://books.openedition.org/iheid/301> (última visita 18-05-17); ZGONEC-ROŽEJ, Miša, FOAKES, Joanne, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3. Joint Separate Opinion Higgins, Kooijmans and Buergenthal, §§ 45, 52:

“That there is no established practice in which States exercise universal jurisdiction, properly so called, is undeniable. As we have seen, virtually all national legislation envisages links of some sort to the forum State; and no case law exists in which pure universal jurisdiction has formed the basis of jurisdiction. This does not necessarily indicate, however, that such an exercise would be unlawful. In the first place, national legislation reflects the circumstances in which a State provides in its own law the ability to exercise jurisdiction. But a State is not required to legislate up to the full scope of the jurisdiction allowed by international law. The war crimes legislation of Australia and the United Kingdom afford examples of countries making more confined choices for the exercise of jurisdiction. Further, many countries have no national legislation for the exercise of well recognized forms of extraterritorial jurisdiction, sometimes notwithstanding treaty obligations to enable themselves so to act. National legislation may be illuminating as to the issue of universal jurisdiction, but not conclusive as to its legality. Moreover, while none of the national case law to which we have referred happens to be based on the exercise of a universal jurisdiction properly so called, there is equally nothing in this case law which evidences an *opinio iuris* on the illegality of such a jurisdiction. In short, national legislation and case law - that is, State practice - is neutral as to exercise of universal jurisdiction. (...)

We may thus agree with the authors of *Oppenheim's International Law* (9th ed., p. 998). that: ‘While no general rule of positive international law can as yet be asserted which gives to states the right to punish foreign nationals for crimes against humanity in the same way as they are, for instance, entitled to punish acts of piracy, there are clear indications pointing to the gradual evolution of a significant principle of international law to that effect.’”

⁸⁰ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3. Dissenting Opinion Judge Van den Wyngaert, §§ 27-28.

⁸¹ *Ibid.*, §§ 5, 51, 60.

relación al genocidio, en otro asunto citado anteriormente, la CIJ no tuvo la ambición de dar un paso más a la luz de esa tendencia que venimos exponiendo, manteniendo el carácter territorial de la obligación de reprimirlo⁸². Así, según el criterio de este tribunal, por el momento, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial es opcional o voluntario y los Estados no están obligados a hacerlo en virtud del Derecho consuetudinario.

Al hilo de esta cuestión, compartimos la opinión y reflexión de Quel López sobre esta última sentencia de 2007 cuando señala que “pese a los avances que han existido en materia de extensión extraterritorial de la jurisdicción penal por la comisión de crímenes contra la comunidad internacional, la CIJ se atiene a la literalidad del convenio llegando a considerar que la obligación exigible a un Estado en materia de represión del genocidio se limita al ejercicio territorial de la jurisdicción penal. Hubiese sido deseable, a nuestro juicio una referencia al menos al principio *aut dedere aut judicare* no tanto como facultad estatal sino como obligación de actuar en contra de conductas lesivas a intereses del conjunto de la Comunidad Internacional”⁸³. Y es que, consideramos que resulta realmente difícil poder defender a día de hoy que el Estado en cuyo territorio se encuentra un presunto genocida no tenga la obligación de extraditarlo o de juzgarlo, sino simplemente la facultad de hacerlo, máxime cuando, tratándose de un crimen generalmente de Estado, el Estado territorial difícilmente vaya a depurar responsabilidades.

El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 por su parte, se presenta a menudo como una de las expresiones a favor de una obligación consuetudinaria de represión extraterritorial, pues su art. 9 contiene la obligación de los Estados de extraditar o juzgar al presunto responsable de genocidio, crímenes contra la

⁸² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43.

⁸³ QUEL LÓPEZ, F.J., “Construyendo la responsabilidad del Estado desde la responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdiccionales” en Sánchez Rodríguez, L.I., Quel López, F.J., López Martín, A. G., (Eds.), *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional: análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2002-2007)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, p. 553. Para un análisis más profundo de la obligación recogida en la Convención y una crítica en la línea de Javier Quel véase BEN-NAFTALI, Orna, “The obligations to prevent and punish genocide” en Paola Gaeta (Ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 27-57: “Developments in both conventional and customary law which followed the adoption of the Convention lend further support to the view that the exercise of universal jurisdiction, albeit not a ‘pure’ one, over core crimes has become obligatory rather than merely permissive if the exercise of territorial jurisdiction is frustrated”, p. 49.

humanidad o crímenes de guerra⁸⁴. No obstante, tal y como puso de manifiesto la CDI en el Informe de su 64º período de sesiones de 2012, este proyecto quizás fue más un reflejo del desarrollo progresivo que la codificación del Derecho Internacional consuetudinario existente⁸⁵. Como sabemos, para confirmar la existencia de una norma de Derecho Internacional consuetudinario debe haber una práctica general, constante, uniforme y duradera, acompañada de la convicción de estar actuando conforme a una obligación jurídica. A pesar de no existir una práctica con las características señaladas, sí puede afirmarse que hay a día de hoy un importante respaldo a la postura que defiende que, bajo el Derecho consuetudinario, la obligación *aut dedere aut judicare* recogida en instrumentos como la Convención contra la Tortura, dan lugar a una obligación más amplia, especialmente en relación a los crímenes internacionales principales o los ‘core crimes’ que venimos tratando⁸⁶. En este sentido, el análisis más actual sobre la práctica estatal al respecto se ha llevado a cabo en el seno de la CDI, concretamente en el citado informe sobre el *aut dedere aut judicare* de 2014, en el que se expusieron las siguientes conclusiones acerca del estatus de esta obligación en el Derecho Internacional consuetudinario:

“49) La Comisión observa que, en opinión de algunas delegaciones en la Sexta Comisión, la obligación de extraditar o juzgar no existía en el derecho internacional consuetudinario, mientras que, a juicio de otras, el estatus de derecho internacional consuetudinario de dicha obligación merecía seguir siendo examinado por la Comisión.

52) La determinación de si la obligación de extraditar o juzgar se ha convertido o se está convirtiendo en una norma de derecho internacional consuetudinario, o al menos en una norma de derecho regional consuetudinario, puede servir para indicar si un proyecto de artículo propuesto por la Comisión constituye codificación o se trata de desarrollo progresivo del derecho internacional. No obstante, la Comisión, al

⁸⁴ Recordemos lo que manifestó el TIPY en el caso *Furundžija* IT-95-17/1-T, Judgment, 10-12-98, § 227: “the Trial Chamber considers that the Draft Code is an authoritative international instrument which, depending upon the specific question at issue, may (i) constitute evidence of customary law, or (ii) shed light on customary rules which are of uncertain contents or are in the process of formation, or, at the very least, (iii) be indicative of the legal views of eminently qualified publicists representing the major legal systems of the world. As for the Rome Statute (...) it may be taken to restate, reflect or clarify customary rules or crystallise them, whereas in some areas it creates new law or modifies existing law. At any event, the Rome Statute by and large may be taken as constituting an authoritative expression of the legal views of a great number of States.”

⁸⁵ CDI, Informe del 64º período de sesiones de 2012, § 211: “Algunos miembros sugirieron que el obstáculo principal para avanzar sobre el tema había sido la inexistencia de una investigación de base sobre si la mencionada obligación había alcanzado el estatus de derecho consuetudinario. Esta era una cuestión preliminar que había que abordar y resolver y que incidía en el enfoque que fuera a adoptarse. También se señaló que cuando la Comisión estaba elaborando el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en 1996, la aprobación de los artículos 8 y 9 de dicho código parecía haber estado impulsada por la necesidad de contar con un sistema efectivo de tipificación y procesamiento más que por la intención de evaluar la práctica estatal y la doctrina existentes. Por tanto, quedaba por responder la cuestión de si los proyectos de artículos 8 y 9 serían aplicables únicamente a los Estados partes en el Proyecto de código o a todos los Estados.” Véase en:

<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2012/spanish/chp9.pdf&lang=EFSSAC&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/64/> (última visita 18-05-17).

⁸⁶ AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts...*op. cit.*, pp. 1260.

haber decidido que el resultado de su labor sobre este tema no adopte la forma de un proyecto de artículos, ha considerado innecesario ofrecer fórmulas alternativas a la propuesta por el Sr. Galicki.

53) La Comisión desea aclarar que cuanto precede no debe interpretarse en el sentido de que ha concluido que la obligación de extraditar o juzgar no se ha convertido o no está cristalizando aún en una norma de derecho internacional consuetudinario, sea de carácter general o regional.

54) Cuando la Comisión aprobó el Proyecto de código en 1996, la disposición sobre la obligación de extraditar o juzgar que contenía constituyó desarrollo progresivo del derecho internacional, como se explica en el párrafo 3) *supra*. Desde la conclusión del Proyecto de código, puede que haya habido otros casos de desarrollo del derecho internacional que reflejen la práctica de los Estados y la *opinio juris* a este respecto.

55) La Comisión observa que, en 2012, la Corte Internacional de Justicia dictaminó, en la causa relativa a cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (*Bélgica c. Senegal*), que no tenía competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de Bélgica relativas al presunto incumplimiento por el Senegal de obligaciones reconocidas en derecho internacional consuetudinario, porque, en la fecha en que Bélgica presentó la solicitud, la controversia entre Bélgica y el Senegal no estaba relacionada con el incumplimiento de obligaciones reconocidas en derecho internacional consuetudinario. Por ello, aún tiene que surgir una oportunidad para que la Corte determine si la obligación de extraditar o juzgar tiene o no el estatus de derecho internacional consuetudinario⁸⁷.

De este informe se desprende que los Estados aún no han alcanzado un consenso respecto a la naturaleza de esta obligación ya que, además de lo expuesto por la CDI—que visiblemente muestra el desacuerdo entre los Estados sobre la materia—, la práctica estatal no es generalizada ni cuenta con una clara *opinio iuris*⁸⁸.

Esta cuestión también divide a la doctrina. En opinión de algunos autores, a pesar de que esta regla se encuentre incluida en numerosos tratados internacionales, de esto no cabe

⁸⁷ CDI, Informe del 66º período de sesiones, A/69/10, Informe Final sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), aprobado en su 3242ª sesión, el 7 de agosto de 2014, pp. 127-173. En relación a la sentencia de la CIJ el Magistrado Abraham y el Magistrado *ad hoc* Sur concluyeron que, si se hubiera considerado competente, la Corte no habría estimado la pretensión de Bélgica de que existía la obligación de juzgar o extraditar de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. En su opinión separada, el Magistrado Abraham estimó que no había pruebas suficientes, a partir de la práctica de los Estados y la *opinio juris*, de una obligación consuetudinaria de los Estados de perseguir penalmente ante sus tribunales internos a personas sospechosas de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad sobre la base de la jurisdicción universal, incluso cuando se limitara a los casos en que el sospechoso se encontrara en el territorio del Estado del foro (*ibid.*, opinión separada del Magistrado Abraham, págs. 611 a 617, párrs. 21, 24 y 25, y 31 a 39). En su opinión, el Magistrado *ad hoc* Sur afirmó que, a pesar del silencio de la Corte, o quizás a causa de dicho silencio, parece claro que no se puede establecer en derecho positivo la existencia de una obligación consuetudinaria de juzgar o extraditar, o incluso simplemente de juzgar (*ibid.*, voto particular disconforme del Magistrado *ad hoc* Sur, pág. 610, párr. 18). En cambio, las opiniones separadas del Magistrado Cançado Trindade (*ibid.*, opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, pág. 544, párr. 143) y de la Magistrada Sebutinde (*ibid.*, opinión separada de la Magistrada Sebutinde, pág. 604, párrs. 41 y 42) hicieron hincapié en que la Corte tan solo concluyó que no tenía competencia para examinar el fondo de las cuestiones de derecho internacional consuetudinario a la vista de los hechos presentados en la causa. En cualquier caso, las referencias a la existencia o inexistencia de la obligación en derecho consuetudinario en la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* se entendían hechas a la obligación en los casos de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra en conflictos armados internos. No se mencionaba dicha obligación en el contexto de genocidio, crímenes de guerra en conflictos armados internacionales ni otros crímenes de trascendencia internacional como los actos de terrorismo.

⁸⁸ CRYER, Robert, FRIMAN, Hakan *et al.*, *op. cit.*, pp. 77-78; BASSIOUNI, Cherif M., “The duty to prosecute and/or extradite... *op. cit.*, p. 45. Sobre la existencia de una obligación consuetudinaria de perseguir los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra véase VAN STEENBERGHE, Raphaël, “The obligation to extradite or prosecute: clarifying its nature” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, nº 5, 2011, pp. 1089-1116.

deducir que haya adquirido carácter consuetudinario, pues entienden que por ahora sólo ampara actuaciones entre los Estados parte en esos instrumentos y respecto de los crímenes a los que acompañan y en este sentido, apuntan a una confusión generalizada entre las locuciones de *lege lata* y de *lege ferenda*⁸⁹. Otros juristas predicán el carácter consuetudinario de la máxima *aut dedere aut judicare* en relación al enjuiciamiento de crímenes prohibidos por normas *ius cogens*⁹⁰, mientras que algunas voces consideran que la máxima *aut dedere aut judicare* ya forma parte del Derecho consuetudinario⁹¹. En opinión de Cryer “a significant trend towards that position must be acknowledged, sufficient for some to suggest an emerging customary rule requiring prosecution of some of those responsible for international crimes. (...) There is almost no evidence of any State practice confirming prosecution on a universal jurisdictional basis as a customary duty rather than a right. Even the most ardent supporters of such a duty are forced to concede this point”⁹². En este sentido, estimamos que el número de adhesiones al ER podría considerarse como muestra del progresivo interés de los Estados en participar en la lucha contra la impunidad y en la asunción de obligaciones en este sentido, aunque afirmar categóricamente la existencia de una obligación universal del *aut dedere aut judicare* como proponen algunos prestigiosos juristas quizás sea ir demasiado lejos obviando la realidad práctica⁹³.

Así pues, tal y como sostiene Cryer, es cierto que no puede apreciarse práctica estatal fundada en la existencia de una obligación consuetudinaria del *aut dedere aut judicare*. Ahora bien, también es cierto que el argumento de la falta de práctica judicial estatal para oponerse a su existencia, o al menos a admitir su progresivo surgimiento, tiene un peso relativo. Como bien explica Orihuela Calatayud a este respecto, en estas situaciones el enjuiciamiento con base en el *aut dedere aut judicare* presenta un carácter excepcional, ya que el principio básico y prioritario con respecto al ejercicio de la jurisdicción penal es el de territorialidad, siendo

⁸⁹ CRYER, Robert, FRIMAN, Hakan *et al.*, *op. cit.*, p. 78; MITCHELL, Claire, *op. cit.*, nota 78.

⁹⁰ JURDI, Nidal N., *The International Criminal Court and National Courts. A contentious relationship*, Ashgate, Farnham, 2011, p. 25: “the customary nature of this maxim emerges from the numerous ratified treaties subsuming it, confirmed by *opinion juris*. The duty to extradite or prosecute is accepted for certain serious international crimes only. *Aut dedere aut judicare* imposes a duty towards certain international crimes of a *ius cogens* character, and not all international crimes.”

⁹¹ DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 4 ed., Bruselas, 2008, pp. 667-668; BASSIOUNI, Cherif M., “The duty to prosecute and/or extradite... *op. cit.*, pp.42, 45.

⁹² CRYER, Robert, *Prosecuting international crimes... op. cit.*, pp. 108-109.

⁹³ BASSIOUNI, Cherif M., “The duty to prosecute and/or extradite...*op. cit.*, pp. 42, 45. Este autor reconoce que sólo 102 de 266 convenciones sobre Derecho internacional penal recogen la obligación de extraditar o juzgar y que la práctica estatal permanece sujeta a las obligaciones convencionales bilaterales, aunque esta obligación la considera vinculante o *erga omnes* respecto a los *core crimes*.

los jueces del *locus delicti* los naturales de su enjuiciamiento⁹⁴. Esto implica que apreciar la aparición de la costumbre y por tanto la existencia de su elemento material, pasa necesariamente por considerar el carácter y contenido de la misma y las situaciones a las que resultará aplicable⁹⁵. En cualquier caso, este debate muestra la necesidad de aclaración con respecto a la naturaleza consuetudinaria de esta máxima que, en caso de confirmarse, obligaría a los Estados a actuar contra ciertos crímenes internacionales cuando el sospechoso se encuentra en sus territorios y no concedan la extradición, al menos, en lo que a los crímenes internacionales de carácter *ius cogens* se refiere.

En este sentido, no puede pasarse por alto el creciente número de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante AGNU)⁹⁶ como instrumentos que pueden reflejar la tendencia hacia una norma consuetudinaria, instrumentos que, a pesar de no ser de carácter vinculante, son una clara prueba de una evolución cada vez más significativa hacia la aceptación de un deber de represión de carácter universal⁹⁷. Higgins se muestra cautelosa respecto a estas resoluciones y a su peso en la constitución de la costumbre, subrayando la importancia de centrar el análisis de la costumbre en la práctica nacional: “Practice in the larger world arena is still the relevant canvas, although UN resolutions are a part of the picture. Resolutions cannot be a *substitute* for ascertaining custom; this task will continue to require that other evidences of state practice be examined alongside those collective acts evidenced in General Assembly resolutions”⁹⁸. Sin embargo, el énfasis que las resoluciones de la AGNU ponen en la obligación de juzgar o extraditar, junto con las innumerables referencias a la cooperación judicial internacional, apuntan inequívocamente no a la afirmación de la existencia pero sí al surgimiento de una obligación consuetudinaria del *aut*

⁹⁴ ORIHUELA CALATAYUD, *Esperanza*, *op. cit.*, p. 76.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Question of the Punishment of War Criminals and of Persons who have Committed Crimes against Humanity* (Question of Punishment), adopted 15 December 1969, GA Res. 2583(XXIV), 24 UN GAOR Supp. (No. 30), UN Doc. A/RES/2583(XXIV) (1969); *Question of the Punishment of War Criminals and of Persons who have Committed Crimes Against Humanity* adopted 15 December 1970, GA Res. 2712(XXV), 25 UN GAOR Supp. (No. 28), UN Doc. A/RES/2712(XXV) (1970); *Question of the Punishment of War Criminals and of Persons who have Committed Crimes Against Humanity* GA Res. 2840 (XXVI) (1971), adopted 18 December 1971, GA Res. 2840(XXVI), 26 UN GAOR Supp. (No. 29), at 88, UN Doc. A/RES/2840(XXVI) (1971); *Principles of International Co-operation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes against Humanity* adopted 3 December 1973, GA Res. 3074(XXVIII), 28 UN GAOR Supp. (No. 30) at 78-79. UN Doc. A/RES/3074(XXVIII) (1973); *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, GA Res. 60/147, UN Doc. A/RES/60/147 (16 December 2005).

⁹⁷ AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts...*op. cit.*, pp. 1260.

⁹⁸ HIGGINS, Rosalyn, *Problems and process: international law and how we use it*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 28.

dedere aut judicare sobre los crímenes internacionales más graves. A esto hay que sumarle la creciente ratificación de tratados de Derecho Internacional Penal, de derechos humanos y de DIH y la creación de tribunales internacionales, que como en el caso de la CPI, desde la adopción del ER ha impulsado el aumento de las legislaciones nacionales que prevén la jurisdicción universal para sus tribunales sobre crímenes internacionales que carecen de un marco convencional como son los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra cometidos en conflictos internos⁹⁹, un conjunto de factores que comienzan a consolidar los pilares de una política de lucha global contra la impunidad.

No obstante, este ‘soft law’ emergente no es suficiente para afirmar que bajo la *lex lata* existe ya tal obligación consuetudinaria y como expone Akhavan, “until the *lex ferenda* crystallizes into customary law, or is recognized as a general principle, primary universal repression remains largely a right to be exercised by states at their discretion”¹⁰⁰. Cassese, Gaeta y otros autores —tras un análisis general de las normas internacionales sobre jurisdicción penal estatal respecto a crímenes internacionales— concluyen que “If one adopts the *Lotus* approach, the best one can state is that customary international law confines itself to authorizing states to exercise criminal jurisdiction, provided such exercise does not collide with existing rules and principles of international law. Clearly, this legal regulation is rather vague; in particular, it does not clarify which impediments under general international law may prevent the exercise of criminal jurisdiction by individual states, and it does not clarify to what extent, absent a treaty on the matter, states may exercise extraterritorial jurisdiction without breaching international principles or rules”¹⁰¹. Considerando que los crímenes que tratamos atentan contra toda la comunidad internacional en su conjunto, el ejercicio de la

⁹⁹ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 155-158, 203-205; REMIRO BROTONS, Antonio, “Crímenes internacionales, jueces estatales: de la universalidad y otras soledades” en *Guerra y paz: 1945-2009: obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, Servicio Editorial Universidad País Vasco, Bilbao, 2010, p. 253.

¹⁰⁰ AKHAVAN, Payam, “Whither National Courts...*op. cit.*, pp. 1262.

¹⁰¹ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *op. cit.*, pp. 289-290. Estos autores niegan la obligación de ejercer la jurisdicción penal incluso habiendo nexos territoriales con los crímenes, una afirmación a nuestro juicio desmedida y que actualmente no cabría defender: “(...) In particular treaties regulating the penal repression of some international crimes already prohibited by customary international law are lacking (this holds true for aggression, crimes against humanity and war crimes other than grave breaches of the 1949 Geneva Conventions). Hence, states are under no international obligation to establish criminal jurisdiction over these crimes, let alone exercise it, even if they have a territorial link with them. (...) In sum, as far as the criminal repression of international crimes is concerned, the international community has opted for an approach that is both ‘sectorial’ (as opposed to a global approach intended to deal with all international crimes) and minimalist (in that it only settles some problems, eschews all the major issues, and in addition does not take a forward-looking attitude).”

jurisdicción universal sobre los mismos difícilmente podría considerarse ilegítima o contraria a principios y normas internacionales cuando ninguna otra vía preferente para hacer justicia es puesta en marcha. De este modo, a pesar de una práctica estatal exigua al respecto, la facultad de los Estados a ejercer la jurisdicción universal sobre el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra más allá de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra o del Protocolo Adicional I cuando el presunto autor se encuentra en su territorio parece estar consolidada en el Derecho Internacional consuetudinario, siendo una cuestión admitida ya por la mayoría de la doctrina¹⁰².

En relación a la obligación del ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial, a pesar de las dudas sobre el carácter consuetudinario de la máxima *aut dedere aut judicare* incluso sobre los crímenes internacionales más graves como los recogidos en el ER y que venimos tratando, lo que resulta irrefutable es que los Estados tienen, al menos, la obligación de cooperar para reprimir estos crímenes sin obstaculizar su sanción de un lado— lo que les exige no dar amparo a los criminales en su territorios—, y la obligación de no rechazar de forma sistemática las solicitudes de extradición o el enjuiciamiento, de otro¹⁰³.

De todo lo expuesto puede afirmarse la existencia de una obligación clara e inexcusable del Estado territorial de enjuiciar los crímenes aunque carezcan de una base convencional como en el caso de los crímenes contra la humanidad, si bien no puede afirmarse lo mismo respecto de los terceros Estados, es decir, la obligación de los Estados de enjuiciar los crímenes que hayan sido cometidos fuera de su territorio nacional. En este último supuesto, a falta de una mayor aclaración del estatus del principio *aut dedere aut judicare* en el Derecho Internacional consuetudinario, el Estado custodio tiene la obligación de extraditar o juzgar, por el momento, únicamente en algunos supuestos y en relación con algunas conductas prohibidas que prevén dicha obligación en la vía convencional. No cabe duda que un desarrollo que apunte a una obligatoriedad general es más que deseable e incluso podría considerarse imperativo a la luz

¹⁰² ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, pp. 78-79, citando también, entre otros, a FERRER LLORET, Jaume, “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España” en Juan Soroeta Liceras (Ed.), *Cursos de Derechos Humanos Donostia-San Sebastián*, Vol. V, 2004, pp. 158; PUEYO LOSA, Jorge A., “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional” en Santiago Álvarez González, José R. Remacha Tejada, *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 5, Madrid, 2001, p. 193; SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción universal penal...op. cit.*, p. 254, 391.

¹⁰³ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *op. cit.*, p. 78; CRYER, Robert, *Prosecuting international crimes... op. cit.*, p. 113.

de la gravedad de los crímenes que estamos tratando, conductas que en gran medida quedan impunes allá donde son cometidas. Si bien el ejercicio facultativo de la jurisdicción universal puede paliar este resultado de forma subsidiaria, la creciente reducción de la misma a través del establecimiento de nexos jurisdiccionales entre los hechos y el Estado que pretende juzgar impiden a esta figura desplegar el potencial con el que inicialmente fue diseñada, habiendo sido mermada a su mínima expresión.

Sección 3ª. La obligación de los Estados de reprimir los crímenes internacionales recogida en el preámbulo del Estatuto de Roma

El preámbulo del ER señala que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”¹⁰⁴. En relación a este apartado, hay quienes estiman que apunta a la consolidación de una obligación extraterritorial de enjuiciar como norma de Derecho consuetudinario tras la adopción de este tratado: “the Rome Statute's consensual nature has not prevented it from contributing to the formation of new customary international law or the crystallisation and refinement of previously existing customary norms. The crucial question, though, is to what extent and on which specific points the Rome Statute has contributed to these matters”¹⁰⁵. Juristas como Tomuschat no consideran que el preámbulo del ER contenga una obligación general implícita de perseguir los crímenes internacionales dirigida a todos los Estados, al entender que no pueden imponerse obligaciones a terceros a menos que éstos hayan consentido someterse a ellas a través de la ratificación o adhesión. Así, una simple referencia en el Preámbulo no sería suficiente para extraer una obligación de represión extraterritorial legalmente vinculante para todos los Estados, ya que según este autor, considerando las bases jurisdiccionales conferidas a la Corte— limitadas territorial, temporal y personalmente—, queda excluido cualquier reconocimiento a una jurisdicción universal. De esta manera, al no haber aceptado los Estados dotar de jurisdicción universal a este tribunal, concluye, no puede deducirse una obligación general de perseguir los crímenes internacionales del ER¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Preámbulo del ER, apartado 6.

¹⁰⁵ WOUTERS, Jan, “The Obligation to Prosecute International Law Crimes”, *The Need for Justice and Requirements for Peace and Security*, Proceedings of the Bruges Colloquium, 9th-10th September 2004, Bruges, College of Europe, p. 21. Disponible en este enlace:

<https://www.coleurope.eu/content/publications/pdf/Collegium%2032.pdf> (última visita 18-05-17).

¹⁰⁶ TOMUSCHAT, Christian, *op. cit.*, pp. 315-349.

Otra posición sería la defendida por Cassese, Gaeta y Jones en su obra de referencia sobre el ER, donde explican que el preámbulo se dirige principalmente al Estado en el que se han cometido los crímenes internacionales y al Estado de la nacionalidad del presunto responsable—ciñéndose pues a los puntos de conexión tradicionales—, aunque admiten que al mismo tiempo es posible que el ER también provea un estímulo para que otros Estados enjuicien al presunto responsable sobre la base de otros principios jurisdiccionales, en particular, el principio de jurisdicción universal¹⁰⁷. Cryer considera que hay cierta ambigüedad respecto a lo dispuesto en el preámbulo, concretamente respecto a si se refiere a una obligación de enjuiciar sobre la base del nexo de personalidad y territorialidad o de universalidad¹⁰⁸. Dado que es una declaración que no se recoge en una disposición sustantiva del tratado y que además hay un cierto desacuerdo doctrinal acerca de si el enjuiciamiento es la única respuesta posible, este autor estima que considerar la existencia de una obligación de enjuiciar sobre la base de universalidad del preámbulo sería ir demasiado lejos¹⁰⁹.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que los Estados parte en el ER tienen la obligación de perseguir los crímenes previstos en el mismo cuando estos tienen lugar en sus territorios. En este sentido, dado que éstos son considerados los más graves para la comunidad internacional en su conjunto, sería incongruente y complicado reconocer la obligación respecto a algunos de los crímenes del ER, como por ejemplo el crimen de guerra de tortura, y no hacerlo respecto de otros como el crimen contra la humanidad de asesinato, de exterminio o de violación. Existen por tanto razones de peso para considerar que hay una obligación del Estado de llevar ante la justicia a los responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en su conjunto cometidos en su territorio¹¹⁰, lo que a nuestro juicio implica que un Estado parte no puede justificar su inacción en la ausencia de un marco convencional que imponga la obligación jurídica de la represión estatal, como es el caso de los crímenes contra la humanidad.

¹⁰⁷ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R.W.D., (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 1906.

¹⁰⁸ CRYER, Robert, *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 144; TRIFFTERER, Otto, BERGSMO, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁹ CRYER, Robert, *op. cit.*, p. 144.

¹¹⁰ ROBINSON, Darryl, "Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court" en *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 492-493. En la misma línea AMBOS, Kai, "The Legal Framework of Transitional Justice... *op. cit.*, p. 31.

Ahora bien, cabe preguntarse si el ER crea o impone una obligación de represión para los Estados parte o si la obligación a la que hace referencia en el preámbulo tiene su origen en las fuentes ya comentadas. Al hilo de esta cuestión Nouwen parte de la siguiente premisa: la suposición generalizada que considera como efecto catalizador de la complementariedad el hecho de que el ER otorgue a los Estados la ‘responsabilidad’, ‘responsabilidad primaria’ o incluso la imposición de la ‘obligación’ de investigar y perseguir los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte resulta errónea¹¹¹. Dicho en otras palabras, en opinión de esta autora el ER no crea esa obligación para los Estados parte, pues señala que “while states may be under an obligation to investigate or prosecute pursuant to *other* rules of international law, the principle of complementarity itself establishes no such legal duty”¹¹². Esas otras normas de Derecho Internacional a las que se refiere no son otras que las que se han expuesto en la sección previa, fuentes que, aunque dirigidas a todos los Estados, como hemos visto, no escapan a la ausencia de un consenso claro en cuanto al alcance de la obligación de perseguir y enjuiciar los crímenes internacionales con carácter extraterritorial. Por este motivo, el desafío al que se enfrenta la CPI es enorme, pues aunque los Estados parte tengan la obligación de reprimir los crímenes internacionales atendiendo al menos al principio de territorialidad, la ausencia de una norma internacional de carácter vinculante en el texto dispositivo del tratado que efectivamente obligue a los Estados a ejercer el *aut dedere aut judicare* respecto a los crímenes del ER, así como la falta de mecanismos para forzar a los Estados a que cumplan con su deber con arreglo al menos al nexo territorial, en la práctica complica su labor y su capacidad de contribuir a luchar contra la impunidad.

En este sentido, el principio de complementariedad da prioridad a los Estados para que sean éstos quienes, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales previamente asumidas, investiguen y, en su caso, juzguen a los presuntos responsables de estos crímenes cometidos en sus territorios o los cometidos por sus nacionales, quedando la CPI en segundo

¹¹¹ NOUWEN, Sarah M. H., *Complementarity in the line of fire. The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 36-37. A favor de esa afirmación véase: STAHN, Carsten, “One step forward, two steps back?: Second thoughts on a ‘sentenced-based’ theory of complementarity” en *Harvard International Law Journal*, vol. 53, 2012, p. 184, n. 7; STIGEN, Jo, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions: the principle of complementarity*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, p. 431; DUPUY, Pierre-Marie, “Principe de complémentarité et droit international general” en Mauro Politi, Federica Gioia (Eds.), *The International Criminal Court and national jurisdictions*, Ashgate, Aldershot, 2008, p. 17; KLEFFNER, Jann K., “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n° 1, 2003, p. 87.

¹¹² NOUWEN, Sarah M. H., *Complementarity in the line of fire... op. cit.*, 37.

plano y actuando sólo si los Estados no lo hacen o si no lo hacen de forma veraz y genuina. No obstante, de algunas declaraciones e informes de diversos órganos del tribunal podría extraerse que el ER ciertamente establece—pese a la ausencia de una disposición en el cuerpo del tratado al respecto—, la obligación de perseguir estos crímenes a través del principio de complementariedad¹¹³, cuando como se ha puesto de manifiesto, esta obligación realmente tiene su origen fuera del ER y por tanto fuera del marco que rige este principio. Por ello, compartimos la opinión de Nouwen cuando expone que las disposiciones del ER que regulan la complementariedad (los arts. 17 y 20) simplemente dan prioridad a los tribunales nacionales pero no imponen, como tal, responsabilidad u obligación alguna a los Estados: “As admissibility rules regulating when the Court may exercise its jurisdiction, located in a part of the Statute entitled ‘Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law’, these articles articulate obligations for the Court, not for the States. The Statute’s only provision explicitly referring to a relevant duty of every state is the sixth preambular recital, (...). Considering the ordinary meaning of the text, the context and the treaty’s object and purpose, it is apparent that this recital does not create an obligation”¹¹⁴. De este modo, la falta de una disposición operativa en el tratado que refuerce esa obligación hace que no pueda afirmarse que el ER genere un nuevo deber para los Estados parte¹¹⁵.

Además, el preámbulo se refiere a ‘crímenes internacionales’ en lugar de a los ‘crímenes de la jurisdicción de la Corte’, lo que podría entenderse como una obligación que no se limita a los crímenes del ER, sino que incluiría también otros crímenes internacionales como el tráfico de drogas o la piratería¹¹⁶. Como señala Cryer, al adherirse al ER, los Estados parte aceptan la obligación ya preexistente de juzgar a los responsables de los crímenes internacionales, al menos los cometidos en sus territorios o por sus nacionales, por lo que el régimen de Roma está construido sobre la previsión de que la reacción normal a los crímenes internacionales es el enjuiciamiento a nivel doméstico sobre la base de dichos nexos¹¹⁷.

¹¹³ ICC-OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, 2003, p. 5: “It should however be recalled that the system of complementarity is principally based on the recognition that the exercise of national criminal jurisdiction is not only a right but also a duty of States. Indeed, the principle underlying the concept of complementarity is that States remain responsible and accountable for investigating and prosecuting crimes committed under their jurisdiction and that national systems are expected to maintain and enforce adherence to international standards. This principle is emphasised in the Preamble of the Rome Statute, recalling that “it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes.”

¹¹⁴ NOUWEN, Sarah M. H., *Complementarity in the line of fire... op. cit.*, 37.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 38; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 78.

¹¹⁶ TRIFFTERER, Otto, BERGSMO, Morten, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁷ CRYER, Robert, *Prosecuting international... op. cit.*, p. 144.

Asimismo, debe matizarse que el preámbulo del ER no establece, sino que ‘recuerda’ la existencia de una obligación recogida en tratados internacionales o en el Derecho Internacional consuetudinario¹¹⁸ y dado que el preámbulo de un tratado no posee carácter dispositivo o vinculante sino interpretativo¹¹⁹, si los Estados parte hubieran querido someterse a la obligación convencional de perseguir los crímenes recogidos en el art. 5 del tratado hubieran incluido una disposición a tal efecto en la parte operativa del mismo. De hecho, haciendo hincapié en esta ausencia normativa, Akhavan señala la urgencia de dotar al ER de un protocolo adicional que establezca claramente y de forma inequívoca esa obligación¹²⁰, puesto que, como ya se ha puesto de manifiesto en la sección anterior, el enfoque que se ha dado a la represión de los crímenes internacionales hasta la actualidad ha sido sectorial y disperso.

Respecto a la práctica de la CPI, si bien su jurisprudencia no ha abordado la cuestión de la existencia de una obligación estatal de ejercer la jurisdicción penal al amparo del ER, sí ha mencionado la obligación de los Estados parte de reprimir los crímenes de su competencia. En el caso *Katanga* la SA consideró superficialmente esta cuestión en relación a la validez de las autorremisiones bajo el art. 14 del ER¹²¹. Germain Katanga (caso enmarcado en la situación de la RDC) fue el primer acusado que impugnó la admisibilidad de un caso ante la CPI con arreglo al art. 19 del ER¹²² y, entre otras cuestiones, alegó que la autorremisión de la RDC estaba prohibida porque la obligación recogida en el preámbulo del ER impide a los Estados renunciar al ejercicio de su jurisdicción penal¹²³. La CPI explicó que “the general prohibition of a relinquishment of jurisdiction in favour of the Court is not a suitable tool for fostering compliance by States with the duty to exercise criminal jurisdiction. This is so

¹¹⁸ NOUWEN, Sarah M. H., *Complementarity in the line of fire... op. cit.*, p. 38 (aunque señala que esta obligación sólo existe respecto a ciertos crímenes de la jurisdicción de la Corte); DAVID, Eric, “Preamble” en Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale... op. cit.*, p. 307.

¹¹⁹ DAVID, Eric, “Preamble”... *op. cit.*, p. 303. En contra: KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute... op. cit.*, pp. 237-240, 249.

¹²⁰ AKHAVAN, Payam, “Whiter national courts... *op. cit.*”, pp. 1245-1266.

¹²¹ *ICC 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”, AC, 25-09-09.

¹²² *Artículo 19. Impugnación de la competencia de la Corte de la admisibilidad de la causa*

2. Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte:

a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58;

¹²³ *ICC 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”, AC, 25-09-09, § 85.

because under the Rome Statute, the Court does not have the power to order States to open investigations or prosecutions domestically”¹²⁴. Dada la falta de ese poder para forzar a los Estados a actuar, la CPI estimó que dar por válido el argumento del acusado y declarar inadmisibles las autorremisiones tendría un efecto negativo:

“would result in a situation where, despite the inaction of a State, a case would be inadmissible before the Court, unless that State is unwilling or unable to open investigations. The Court would be unable to exercise its jurisdiction over a case as long as the State is theoretically willing and able to investigate and to prosecute the case, even though that State has no intention of doing so. Thus, a potentially large number of cases would not be prosecuted by domestic jurisdictions or by the International Criminal Court. Impunity would persist unchecked and thousands of victims would be denied justice”¹²⁵.

La CPI avaló la remisión de una situación por parte de un Estado, pese a entender que no es la mejor forma de llevar a cabo el cumplimiento de esa obligación internacional. De esta manera, en el supuesto en el que un Estado no dé curso a procedimientos nacionales y remita la situación a la Corte éste estaría cumpliendo con sus obligaciones internacionales¹²⁶. Sin embargo, si el Estado decidiera permanecer inactivo, la única solución en tal caso para evitar la impunidad sería la intervención de la Corte, aunque tratándose al menos del Estado territorial, éste estaría violando una obligación internacional y por lo tanto incurriría en responsabilidad internacional. En este sentido, si bien la CPI no tiene poderes específicos para forzar a los Estados a cumplir sus obligaciones, ante esa responsabilidad estatal el ordenamiento jurídico internacional sí dispone de herramientas para su sanción, aunque no se utilicen. Así pues, como bien apunta Nouwen, “The Statute does not create obligations for states independent of the Court’s operation. Neither does it provide for a mechanism by which the Court, or any other body, may compel domestic proceedings; it provides only that if states do not investigate or prosecute crimes within the Court’s jurisdiction the ICC is entitled to do so”¹²⁷.

Considerando todo lo expuesto respecto a la obligación reflejada en el preámbulo del ER y su relación con el régimen de complementariedad, compartimos la opinión de aquellos

¹²⁴ *Ibid.*, § 86. La Fiscalía ya lo dejó claro en su Informe de 2003: “Annex to the Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor: referrals and communications”, p. 5.

¹²⁵ *Ibid.*, § 79.

¹²⁶ *Ibid.*, § 85.

¹²⁷ NOUWEN, Sarah M. H., *Complementarity in the line of fire... op. cit.*, pp. 39-40. Para una opinión contraria que considera el régimen de complementariedad del ER como un instrumento de ejecución de la obligación recogida en el par. 6 del preámbulo véase KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal... op. cit.*, pp. 249-250: “complementarity enhances the normativity of the obligation to investigate and prosecute enshrined in the Preamble by supplying an enforcement mechanism, which induces States to investigate and prosecute ICC crimes”.

autores que consideran que este tratado no crea *per se* una obligación para los Estados parte¹²⁸. La obligación estatal de juzgar, así como la máxima *aut dedere aut judicare* tienen su origen, en todo caso, en el Derecho convencional o consuetudinario, fuentes que por ahora no cubren la obligación de enjuiciamiento extraterritorial de todos los crímenes recogidos en el ER. Como ya hemos señalado, si bien puede admitirse a día de hoy que el ER y la creciente adhesión a éste sin duda están marcando una tendencia hacia la consolidación de esta obligación internacional, afirmar su existencia de forma inequívoca quizás sea aventurarse demasiado a la luz de la práctica de los Estados y la *opinio iuris*, tal y como muestra el citado último informe de la CDI sobre esta cuestión. En este contexto, el objeto del ER es contribuir a la lucha contra la impunidad mediante investigaciones y enjuiciamientos internacionales subsidiarios cuando quienes tienen el título preferente no ejerzan su jurisdicción penal, no servir como instrumento para la ejecución de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados:

“Though there is a duty to surrender perpetrators to the ICC and though a State party may avoid surrender by instituting domestic prosecution, there is no genuine duty to prosecute in the Statute because it sets up an entirely different system distinct from the obligation of *aut dedere aut judicare*. The *aut dedere aut judicare* principle is based on the idea that the prosecution of perpetrators is ultimately secured by obliging all states to either try or extradite perpetrators. It provides for an interaction of the different domestic regimes in which one will ultimately have to prosecute the accused. Under the Statute, however, there is no need for a duty of states to prosecute because it is based on the idea that if domestic prosecution on which it primarily relies fails the ultimate safeguard is through international prosecution anyway. The ICC is therefore meant to supplement—not to enforce— domestic prosecution”¹²⁹.

Incluso en caso de admitir que dicha obligación consuetudinaria existiera, la falta de un mecanismo de ejecución para reclamar a los Estados parte su cumplimiento hace del principio de complementariedad una base compleja, y de la Corte, una institución con alcance mucho más limitado de lo que generalmente se manifiesta, aunque no por ello prescindible en estos tiempos de creciente interés y preocupación global por reprimir crímenes que atentan contra toda la comunidad internacional. Sin embargo, mientras no haya un cambio en el sistema penal internacional por el que se establezcan instrumentos de ejecución de estas obligaciones¹³⁰, en ocasiones los Estados continuarán presentando autorremisiones a la Corte para desentenderse de sus deberes (incluso cuando se trata de obligaciones asumidas por la vía convencional por el Estado territorial como en el caso del crimen de genocidio) y ésta

¹²⁸ En contra véase KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome... op. cit.*, p. 272.

¹²⁹ SEIBERT-FOHR, Anja, “The relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for amnesties and truth commissions” en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, p. 560.

¹³⁰ Como por ejemplo un tratado que recoja la obligación *aut dedere aut judicare* al menos respecto a los crímenes de la competencia de la Corte o la inclusión de un protocolo en el ER a tales efectos.

seguirá viéndose obligada a investigar para cerrar lo máximo posible el cerco de impunidad a pesar de la violación del Derecho Internacional en la que aquél pueda incurrir. O lo que es peor, en ocasiones, éstos ni siquiera actuarán debido a la ausencia de consecuencias. Lo cierto es que todo el esquema de la complementariedad se basa en la asunción de que los Estados son los principales ejecutores de sus propias obligaciones y de que los procesos nacionales son esenciales para la viabilidad del sistema internacional de justicia penal. Como bien explica Akhavan, más allá de consideraciones como el desarrollo de capacidades a nivel nacional (*capacity-building*) y el control local de la justicia, la razón práctica más importante es que no cabe esperar que la CPI ejerza su jurisdicción salvo sobre una cifra muy pequeña de responsables, pues nunca podrá sustituir por completo a los tribunales nacionales en la erradicación de la impunidad¹³¹.

Sección 4ª. La necesidad de adaptación de las legislaciones nacionales al Estatuto de Roma

Tal y como se viene exponiendo, la construcción del sistema de justicia internacional al que la CPI contribuye mediante la adhesión de los Estados al ER descansa en la premisa de que la autoridad y competencia primarias de iniciar investigaciones sobre los crímenes internacionales la retienen las jurisdicciones nacionales. Son los Estados quienes tienen la obligación primaria de localizar, investigar y enjuiciar a los responsables de los crímenes internacionales más graves al amparo de sus legislaciones domésticas. Dado que la CPI cuenta con recursos limitados, el cumplimiento estatal de este deber resulta esencial, pues cuanto más investiguen y juzguen los tribunales nacionales, menor será la necesidad de que la ésta intervenga, señal, al mismo tiempo, de que los Estados contribuyen a poner fin a la impunidad.

En este sentido, la decisión de los Estados de actuar para no caer en ninguna de las situaciones anteriores requerirá, en gran medida, haber incorporado previamente el ER, o más bien, las conductas prohibidas, a las legislaciones domésticas con el fin de dotarse de los instrumentos necesarios para ejercer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en el tratado, ya que de esta manera tendrán vía libre para investigar y enjuiciar con todas las garantías sin

¹³¹ AKHAVAN, Payam, “Whiter national courts... *op. cit.*”, pp. 1251.

que la intervención de la CPI sea necesaria. De lo contrario, será el propio tribunal quien llegado el caso valore si los instrumentos domésticos son suficientes o no y quien decida investigar una situación o caso activando el principio de complementariedad. En esta línea, Bantekas señala que “[I]n order for national authorities to invoke their primacy entitlement it is imperative that they adopt legislation that transposes all the offences in the ICC Statute — although they are not under an obligation to do so— otherwise their courts will not be able to assert jurisdiction over the relevant offences”¹³². Otros autores como Nouwen se muestran más críticos con esa ‘obligatoriedad implícita’ de los Estados parte de adaptar las legislaciones nacionales al ER a la que se refiere Bantekas. Aludiendo al párrafo sexto del preámbulo de este tratado, Nouwen estima que el argumento que defiende la obligación de sancionar los crímenes del ER en el Derecho Internacional es erróneo porque el ER no establece esta obligación. De hecho, considera que, contrariamente a lo que comúnmente se señala, el ER ni siquiera obliga a los Estados a hacer uso de su jurisdicción preferente para investigar y enjuiciar crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o genocidio¹³³.

No obstante, a nuestro modo de ver si bien es cierto que el ER no impone una obligación en relación a la represión y a la incorporación de los crímenes del ER a sus legislaciones nacionales, si el funcionamiento de la CPI se rige por la premisa de que son los Estados quienes tienen la obligación primaria de ejercer su jurisdicción penal sobre los crímenes internacionales, para que éstos puedan enjuiciarse como tales, no cabe duda de que los Estados deben llevar a cabo este proceso de adaptación al margen de lo que disponga el ER. Es decir, la CPI opera sobre la idea de que siendo los Estados los obligados a reprimir los crímenes internacionales, al menos conforme a los nexos tradicionales, éstos se encargarán de contar con los mecanismos nacionales necesarios para poder llevar adelante procesos penales que castiguen estas conductas, a través del procedimiento de incorporación o transposición normativa que cada Estado prevea o considere conveniente. La jueza y actual Presidenta de la CPI Fernández de Gurmendi se expresó en estos términos en relación a la implementación de los crímenes internacionales o la adaptación de la legislación nacional y al principio de complementariedad:

“This is a complex, multi-faceted topic. Full implementation is closely linked to both cooperation and complementarity.

¹³² BANTEKAS, Ilias, *International Criminal Law*, Hart, 4 ed., Oxford, 2010, p. 429.

¹³³ NOUWEN, Sarah M.H., “Fine-tuning complementarity” en Bertram S. Brown (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 214.

This is strictly speaking not an obligation that emanates from the Rome Statute – rather, the Rome Statute is based on the understanding that it is a pre-existing obligation of each State to ‘exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes’ (*preamble*).

National implementation is a complex topic because there is no ‘one size fits all’ solution. You all know very well that States have widely different legal systems and constitutions. And this is why States have broad latitude in deciding how to implement the Rome Statute in their national law.

Each State Party has to ensure that it is able to prosecute those who have committed genocide, crimes against humanity and war crimes. This is the very basis of the Rome Statute system. It is for national jurisdictions, in the first place, to ensure accountability for these crimes. The ICC must intervene only if that is not possible. This is what complementarity is all about.

Although it is for each State to define crimes for the purposes of domestic jurisdictions, for ICC States Parties, the Rome Statute and the Elements of Crimes provide a natural reference point for the definitions of genocide, crimes against humanity and war crimes, or related aspects concerning general principles of criminal law, such as the non-applicability of statutes of limitation”¹³⁴.

Así, un enjuiciamiento nacional acorde a la gravedad de los crímenes internacionales requerirá incorporar éstos a las normas penales internas¹³⁵. Como bien señala la jueza, el ER no impone una obligación jurídica a los Estados de adaptar sus legislaciones nacionales, pero si la premisa esencial sobre la que se erige el principio de complementariedad es que son éstos quienes tienen en primera instancia el deber de reprimir los crímenes recogidos en el tratado, será necesario que el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, al menos, se hayan incorporado a los códigos y normas penales nacionales, algo que lógicamente no atañe sólo a los Estados parte sino a todos los Estados, pues el deber de perseguir esos crímenes se impone a todo Estado por la naturaleza de los mismos¹³⁶. No cabe duda de que, con arreglo a la Convención contra el genocidio, a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional I, los Estados tienen la obligación de incorporar estas conductas en sede nacional. La incertidumbre, si acaso, podría verse sobre los crímenes contra la humanidad por la ausencia de un tratado que los defina, los criminalice de forma conjunta e

¹³⁴ ICC Statements, Presidency. Judge Silvia Fernández de Gurmendi President of the International Criminal Court, Keynote speech at Seminar “*From Ratification to Action: The Importance of Full Implementation of the Rome Statute*”, The Hague, 16-09-15, pp. 1-3: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/presidency/150916_Keynote_remarks_at_seminar_on_full_implementation_of_RS.pdf (última visita 18-05-17).

¹³⁵ VIVES CHILLIDA, Julio, “La evolución jurídica internacional de los Crímenes contra la Humanidad” en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2003, p. 378: “Como se sabe los Estados parte no tienen la obligación jurídica internacional de incorporar los crímenes del Estatuto en su derecho penal interno pero el régimen de la complementariedad presupone que los Estados sancionarán los crímenes internacionales en los ordenamientos jurídicos internos y que la Corte podrá servir de mecanismo de control internacional del cumplimiento de estas obligaciones, realizando una función judicial sustitutoria en casos concretos. En este sentido el Estatuto de Roma es un elemento activador de las legislaciones internas y también de los tribunales internos contribuyendo, indirectamente al derecho consuetudinario en materia de crímenes contra la humanidad. En este aspecto de las relaciones entre el Derecho internacional y los derechos internos, la llamada a actuar contenida implícitamente en el Estatuto de Roma puede ser un importante instrumento de promoción del Derecho Internacional Penal en los derechos internos.”

¹³⁶ Si como decimos, la obligación precede al ER, no cabría defender que un Estado, ajeno a este tratado, pudiera justificar su inacción ante la comisión de crímenes contra la humanidad en su territorio por su condición de Estado no parte.

imponga esta obligación, más allá de algunos instrumentos como la Convención contra la tortura que sí lo hacen.

Todo Estado, en atención como mínimo a su obligación de represión territorial, debe ser capaz de enjuiciar estos crímenes con arreglo al Derecho Internacional Penal, con independencia de que sean Estados parte o no en el ER. En el caso de los Estados parte esta necesidad resulta más obvia aún, ya que conforme al principio de complementariedad, éstos se comprometen a enjuiciar estas conductas aunque el tratado no les imponga una obligación al respecto, siendo la CPI quien valora si los enjuiciamientos en sede nacional cumplen suficientemente con el fin que persigue el ER. De igual manera, yendo más allá de los nexos tradicionales, ni qué decir tiene que para que los Estados puedan dotar a sus tribunales de competencia extraterritorial sobre la base del principio de jurisdicción universal su Derecho interno debe penalizar estos crímenes conforme al Derecho Internacional. La adaptación por tanto, es una cuestión fundamental de la que depende el buen desarrollo de este sector del ordenamiento internacional.

Como señalan Werle y Jessberger, el ER no obliga a los Estados a promulgar legislación doméstica de acuerdo con el propio tratado, sino que sólo los alienta a ello. De hecho, el objetivo final del ER no es que estos crímenes sean juzgados por la CPI, “but to serve as a source of norms and legal standards that would provide states themselves with the basis to effectively investigate and prosecute the most serious crimes under international law themselves”¹³⁷. Así pues, la adaptación no debe realizarse necesariamente con arreglo a lo dispuesto en el ER, es decir, en los mismos términos, pero la criminalización de las conductas recogidas en el mismo sirven de ejemplo o modelo para los Estados, especialmente en aquellos casos en los que se carece de una convención internacional que los guíe en la definición y contenido de las conductas penalizadas en el ER¹³⁸.

Es indiscutible, por lo tanto, que enjuiciar los crímenes del ER a nivel nacional como lo que son, es decir, sancionar la conducta de que se trate como genocidio, crimen de guerra o crimen contra la humanidad, supone reflejar los intereses internacionales humanitarios en

¹³⁷ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 146.

¹³⁸ Por ejemplo, en relación a la incorporación de los crímenes contra la humanidad, dado que no hay un tratado sobre los mismos, lo dispuesto en el art. 7 del ER sirve sin duda de ejemplo para poder sancionar esas conductas a nivel nacional bajo esa categoría.

juego con respecto a estas atrocidades¹³⁹. No cabría otra manera de aplicar y desarrollar el Derecho Internacional Penal si los Estados no hicieran uso de los tipos penales expresamente creados para combatir y sancionar tales atrocidades con la gravedad que merecen, puesto que éstos no han sido desarrollados para ser aplicados únicamente por tribunales penales internacionales, sino para ser aplicados, esencialmente, por los propios Estados. Así pues, habiendo ya un consenso indiscutible sobre el hecho de que estamos ante las conductas más graves que atentan contra los intereses globales, la adaptación de la legislación se vuelve imprescindible, tanto dentro del marco de aplicación del tratado como fuera del mismo, siendo necesario que todo Estado los tipifique para, llegado el caso, poder ser competente y juzgarlos como tales.

Cuestión distinta pero ligada a estas consideraciones es la relativa al modo en que la CPI evalúa un proceso penal interno respecto de los mismos hechos que ella pretende juzgar. Una correcta, o al menos deseable, aplicación del Derecho Internacional Penal supondría que cuando los hechos constituyan un crimen de genocidio, un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra, los enjuiciamientos en sede doméstica se realicen con arreglo a estos tipos penales internacionales y no al derecho penal común. Ahora bien, si las conductas se juzgan como delitos comunes, es discutible hasta qué punto podría la CPI cuestionar la validez de estos procesos si éstos realmente persiguen depurar responsabilidades, aunque se haga bajo el paraguas del derecho penal común considerando que el ER en sí mismo no obliga a los Estados ni a ejercer la jurisdicción penal ni a hacerlo con arreglo a los tipos penales internacionales. La CPI ya ha tenido ocasión de abordar ligeramente esta cuestión aunque sin centrarse en la adaptación de la legislación nacional, señalando que al evaluar si los procedimientos nacionales permiten declarar un caso inadmisibile, puede bastar con que la conducta sea enjuiciada como delito común y así inhibirse o directamente no intervenir en relación a esos mismos hechos¹⁴⁰.

A nuestro modo de ver, desde un punto de vista práctico y considerando la ausencia de una obligación de incorporación en el ER, de una disposición que obligue a los Estados a juzgar conforme a lo dispuesto en este tratado, así como el hecho de que la CPI no está capacitada para intervenir en todos los contextos donde se cometan crímenes de su

¹³⁹ SPENCER, Thomas, "A Complementarity Conundrum: International Criminal Enforcement in the Mexican Drug War" en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 45, n° 2, 2012, p. 634.

¹⁴⁰ Esta cuestión se aborda en la sección 2ª del capítulo V de la presente tesis.

competencia ni puede obligar a los Estados a actuar conforme a lo dispuesto en el ER, cabría justificar esa decisión. Y es que, en efecto, si la CPI sólo puede alentar a los Estados a que incorporen los crímenes internacionales en sus legislaciones y a que los juzguen como tales, la responsabilidad de que unos determinados hechos se juzguen con arreglo al derecho penal común es del propio Estado y no de la CPI. Por razones obvias ésta no podría intervenir cada vez que un crimen internacional se enjuicia como delito común si el proceso interno depura responsabilidades penales de forma auténtica, aunque se trate de una justicia imperfecta. Su intervención complementaria o subsidiaria es más probable en aquellos escenarios en los que la legislación estatal ni siquiera contempla la conducta como delito común o cuando el proceso nacional con base en el derecho penal interno no prevé penas adecuadas¹⁴¹.

Así pues, no cabe duda de que los Estados parte actúan correctamente al implementar los crímenes del ER, ya que con ello no sólo cumplen con el espíritu del ER y disminuyen una eventual intervención de la CPI, sino que contribuyen al cumplimiento de su propia obligación de reprimir al margen del ER. En este sentido, el ER actúa como un estímulo o impulsor de las jurisdicciones nacionales para que se provean de herramientas jurídicas que les permitan un ejercicio eficaz de su jurisdicción con el fin de asegurar una aplicación efectiva del principio de complementariedad¹⁴². Como expone Quesada Alcalá, la incidencia del ER en los ordenamientos internos responde a una doble vertiente. Por un lado, se dan reformas en el ámbito del Derecho penal sustantivo y procesal de acuerdo con los compromisos internacionales derivados del Derecho Internacional Penal y del ER, como por ejemplo la inclusión del crimen de genocidio o los crímenes contra la humanidad en las leyes penales, y por otro lado, las reformas también afectan a los ordenamientos procesales para que los Estados puedan ejercer su jurisdicción sobre la base del principio de la jurisdicción universal¹⁴³. La Asamblea de Estados Partes (en adelante AEP) ya hizo hincapié en 2003 sobre la importancia de adaptar las leyes penales y procesales al ER: “Recuerda que la ratificación del Estatuto de Roma se debe complementar con la ejecución en el plano nacional de las obligaciones dimanadas de ese instrumento especialmente mediante leyes de ejecución, en particular en las esferas del derecho penal y la cooperación judicial con la Corte y, a ese

¹⁴¹ NOUWEN, Sarah M.H., “Fine-tuning complementarity...*op. cit.*, p. 216; WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 148.

¹⁴² QUESADA ALCALÁ, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 358.

¹⁴³ *Ibíd.*

respecto, alienta a los Estados Partes en el Estatuto de Roma que todavía no lo hayan hecho a que promulguen con carácter prioritario dichas leyes de ejecución”¹⁴⁴.

En definitiva, los Estados parte, mediante la ratificación del ER, asumen cumplir su obligación preexistente de ejercer la jurisdicción penal sobre los crímenes recogidos en el mismo, lo que a su vez implicará su incorporación para que éstos puedan ser juzgados como crímenes internacionales y no como meros delitos comunes, pero no porque este deber derive del ER sino porque los instrumentos que exigen la represión por parte de los Estados sí imponen la obligación de adaptación. Ahora bien, es más controvertido si cabría hablar de una violación internacional en el caso de que esta incorporación no se lleve a cabo¹⁴⁵, pues una cosa es que el Derecho Internacional imponga a los Estados el deber de reprimir estos crímenes, al menos con carácter territorial, y otra que su enjuiciamiento como delito común no sólo sea una medida inadecuada, sino el incumplimiento de una obligación internacional.

Sin embargo, en lo que respecta a la cooperación, el art. 88 del ER enmarcado en el apartado relativo a la cooperación internacional y asistencia judicial, sí contempla la obligación de los Estados parte de establecer las medidas procesales necesarias a nivel interno e internacional al disponer que “[l]os Estados Partes se asegurarán de que en el Derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”. A pesar de lo expuesto, en la práctica resulta difícil desvincular la conveniencia de adaptación sustantiva de las leyes penales de la obligatoriedad de adoptar un régimen de cooperación entre los Estados y la CPI, puesto que muchas de las leyes de implementación del ER son al mismo tiempo leyes penales sustantivas y procesales así como leyes de cooperación, pues ambas cuestiones se han incorporado de forma conjunta en un único instrumento¹⁴⁶. En cualquier caso, cabe señalar que en el tratado no se prevén consecuencias directas para aquellos Estados que no hayan adoptado normas que regulen la cooperación estatal con la CPI, pues los efectos de esta ausencia normativa únicamente son

¹⁴⁴ Resolución ICC-ASP/2/Res.7, Aprobada en la quinta sesión plenaria, celebrada el 12 de septiembre de 2003, § 3.

¹⁴⁵ Werle y Jessberger consideran que la legalidad bajo el derecho internacional de lo que denominan la “zero solution”, que permite a los Estados no actuar en relación a la adaptación de sus legislaciones nacionales, ha facilitado indudablemente la ratificación del ER, previsión por la que en Roma se decidió adoptar este enfoque flexible. Los Estados que se adhieren al tratado no afrontan ninguna presión para cambiar su derecho penal sustantivo, de modo que por ahora, pueden mantener sus regímenes jurídicos existentes sin violar el ER, aunque la no incorporación del Derecho Internacional Penal en sede doméstica no sea la solución recomendada a largo plazo. Véase WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 148.

¹⁴⁶ QUESADA ALCALÁ, Carmen, *op. cit.*, p. 359.

evaluables en los supuestos en los que se materialice una falta de cooperación por parte de los Estados ante una solicitud de aquélla.

A pesar de que, como decimos, no exista estrictamente una obligación jurídica internacional de adaptar las legislaciones domésticas sustantivas a los crímenes previstos en el ER, se está produciendo una armonización penal de forma paulatina¹⁴⁷. En primer lugar, esta armonización afecta a las definiciones de los crímenes internacionales de la competencia del tribunal en cuanto a los elementos esenciales del tipo penal, el bien jurídico protegido y la gravedad de la conducta¹⁴⁸. Ciertamente nada requiere que las definiciones a nivel nacional sean idénticas a las que recoge el ER y por este motivo los Estados disponen de varias opciones para su implementación, pudiendo bien incorporar las definiciones que recoge el ER íntegramente a través de la incorporación del tratado en el Derecho interno o bien promulgar legislación interna que reproduzca esas definiciones de los crímenes internacionales¹⁴⁹. El único supuesto en el que el ER obliga a los Estados parte a legislar conforme al tratado es en los casos de los delitos contra la administración de justicia recogidos en el art. 70(1) del ER¹⁵⁰, ya que a tenor de lo dispuesto en el art. 70(2), las condiciones necesarias para asegurar la cooperación internacional con la CPI respecto de dichos crímenes se rige por el Derecho interno del Estado requerido. Asimismo, el cuarto párrafo de dicha disposición determina que “[t]odo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en

¹⁴⁷ Para analizar el proceso de adaptación de legislación nacional en materia sustantiva y de cooperación al ER véanse los siguientes enlaces:

‘Cooperation and Judicial Assistance Database’: <https://cjad.nottingham.ac.uk/es/legislation/> (última visita 18-05-17).

Legal Tools of the ICC, national jurisdictions: https://www.legal-tools.org/en/browse/ltfolder/0_7957/#results (última visita 18-05-17).

¹⁴⁸ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “El principio de complementariedad” en J. A. Yáñez-Barnuevo (Coord.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa América, Madrid, 2000, p. 96.

¹⁴⁹ QUESADA ALCALÁ, Carmen, *op. cit.*, p. 361; WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, pp. 146-147.

¹⁵⁰ Artículo 70(1) del ER:

“a) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69;
b) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;
c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba;
d) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida;
e) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y
f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales.”

su territorio o por uno de sus nacionales”. Resulta absurdo, o irónico, que en Roma los Estados consensuaran incluir esta obligación en el texto dispositivo del tratado y no hicieran lo mismo con los crímenes prohibidos en el art. 5 del ER más allá de lo dispuesto en el preámbulo. Es evidente que no hubo la voluntad estatal necesaria para explicitar esa obligación, dejando así a la CPI con la única opción de urgir y alentar el ejercicio de las jurisdicciones penales nacionales.

Y en segundo lugar, la armonización afecta también a las penas y fallos impuestos a nivel nacional ante la comisión de crímenes internacionales, pues como expone Quesada Alcalá, éstas son indicativas de la voluntad de enjuiciar en dichos sistemas¹⁵¹. Esto implica que las penas y condenas sobre los crímenes de la competencia de la CPI que se dirimen a nivel doméstico deben reflejar la gravedad de los mismos y en este sentido, esta autora ya advertía de la controversia que planteaba la pena capital en la Conferencia de Roma¹⁵². En la práctica esta cuestión ya ha sido respondida por la jurisprudencia de la CPI en uno de los casos libios y como cabía esperar, ésta resolvió que la existencia de dicha pena en un sistema nacional no es motivo para dar por inválidos los procedimientos nacionales. En cuanto a la valoración de las penas o fallos impuestos a nivel nacional la CPI aún no ha ofrecido ninguna interpretación ni desarrollo de la cuestión en ninguno de los casos abiertos ante ella con la excepción del caso *Simone Gbagbo*, que como veremos en el apartado correspondiente, responde a un contexto en el que la pena impuesta a nivel nacional era severa pero relativa a crímenes de diferente naturaleza de los imputados por la Fiscalía de La Haya, situación que llevó a la CPI a no inhibirse del caso.

¹⁵¹ QUESADA ALCALÁ, Carmen, *op. cit.*, p. 363.

¹⁵² *Ibid.*, p. 365.

CAPÍTULO II.

EL CRIMEN DE GENOCIDIO

Sección 1ª. Introducción

El crimen de genocidio, conocido como el ‘crimen de los crímenes’ por la jurisprudencia internacional¹⁵³ fue acuñado por primera vez en 1944 por el jurista Raphael Lemkin para describir los actos realizados por el régimen nazi en la Europa ocupada, como la matanza de aproximadamente seis millones de judíos durante el Holocausto y la de un gran número de personas de etnia romaní, de discapacitados y homosexuales¹⁵⁴. La repercusión en la comunidad internacional fue inmediata y antes de la celebración de los juicios de Núremberg, el fiscal Jackson hizo referencia a este crimen en la Conferencia de Londres cuando manifestó que “[g]enocide or destruction of racial minorities and subjugated populations by such means and methods as (1) underfeeding; (2) sterilization and castration; (3) depriving them of clothing, shelter, fuel, sanitation, medical care; (4) deporting them for forced labor; (5) working them in inhumane conditions”¹⁵⁵. Sin embargo, a pesar de estas menciones previas y de que éste abogase por la inclusión del crimen de genocidio en la Carta de Londres, se introdujeron en su lugar los crímenes contra la humanidad¹⁵⁶.

En diciembre de 1946, la AGNU aprobó la Resolución 96(I), a la que pronto le siguió la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁵⁷ (en el presente capítulo, la Convención), el primer tratado de derechos humanos de esta organización. Al tiempo que la AGNU adoptaba este convenio, aprobó una resolución invitando a la CDI a

¹⁵³ *Kambanda*, ICTR-97-23-S, Judgment and Sentence 04-09-98, § 16; *Serushago*, ICTR-98-39-S, Sentence 02-02-99, § 15; *Krstić*, IT-98-33-T, Judgment, 02-08-01, § 699; *Jelić* IT- 95-10-A, Partial Dissenting Opinion of Judge Wald, 05-07-01, § 2; *Niyitegeka*, ICTR-96-14.A, Judgment 09-07-04, § 53; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo, DRC v. Uganda*, Judgment, ICJ Reports 2005, p. 168, Dissenting Opinion of Judge Koroma, § 26.

¹⁵⁴ GUILFOYLE, Douglas, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 269.

¹⁵⁵ *Planning Memorandum distributed to Delegations at Beginning of London Conference, June 1945* in Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, Washington, DC. Acceso en el siguiente enlace: <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack11.asp> (última visita 18-05-17).

¹⁵⁶ GUILFOYLE, Douglas, *op. cit.*, p. 269; SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4 ed., Cambridge, 2011, p. 99.

¹⁵⁷ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

estudiar la posibilidad y conveniencia de establecer un tribunal internacional encargado de juzgar a los responsables de este y otros crímenes sobre los que al órgano se le dotaría de competencia mediante tratados internacionales¹⁵⁸. Históricamente, ha sido importante distinguir el genocidio de los crímenes contra la humanidad o regularlo de manera autónoma, pues inicialmente se venía entendiendo que éstos últimos implicaban una serie de conductas más amplias que sólo se podían cometer durante un conflicto armado. Así, la AGNU, mediante la adopción de la Convención, quiso ir un paso más adelante y reconocer que el genocidio constituía un crimen internacional incluso si era cometido en tiempo de paz. Sin embargo, en nuestros días esta distinción entre ambos es menos relevante debido a que los crímenes contra la humanidad ya no requieren la existencia de un conflicto armado. El primer desarrollo del crimen de genocidio ha venido de la mano de los tribunales internacionales *ad hoc*, ya que en el caso de la CPI— cuyo tratado recoge en el art. 6 este crimen con una letra plenamente inspirada en la Convención de 1948¹⁵⁹— hubo que esperar hasta 2009 y 2010 para observar su primera aproximación al crimen. En este sentido, como veremos, las SAs de los tribunales *ad hoc* han abordado cuestiones relevantes para la interpretación del art. 6 del ER.

A pesar de que el art. 6 no recibiese demasiada atención durante la redacción del ER, algunas cuestiones ligadas al crimen fueron estudiadas con más detalle posteriormente por la Comisión Preparatoria encargada de redactar los Elementos de los Crímenes del ER— destinados a la interpretación de los crímenes y aprobados por la AEP en 2002—¹⁶⁰, entre las que destacan el estudio de varios aspectos del elemento mental para la comisión de genocidio y la instauración de un elemento contextual que no recoge la Convención ni el propio ER¹⁶¹. En este sentido, la decisión judicial en 2009 sobre el arresto del presidente sudanés Al Bashir que analizaremos a continuación¹⁶² presenta varias novedades con respecto a la jurisprudencia anterior, en ocasiones desviándose de ésta y en otras consolidando algunos aspectos que sus

¹⁵⁸ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2 ed., Oxford, 2016, pp. 124-125.

¹⁵⁹ En opinión de Schabas el hecho de que la Conferencia de Roma decidiera mantener un texto de cincuenta años es una prueba clara de que el Artículo 6 del ER constituye una codificación de una norma internacional consuetudinaria. Véase SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal...op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁰ Tal y como se dispone su texto, éste se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002, (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1).

¹⁶¹ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 128.

¹⁶² *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09.

predecesores ya habían expuesto. Aunque en un primer momento los cargos de genocidio imputados por la Fiscalía se rechazaron por mayoría, esta decisión constituye “the most important engagement of an ICC Chamber with the definition of the crime of genocide”¹⁶³. El rechazo inicial de la SCP I a incluir estos cargos en la orden de arresto se fundamentó en que el material presentado por la Fiscalía no establecía que la intención genocida fuera la única conclusión razonable que podía extraerse. La jueza Ušacka se mostró contraria a esta postura¹⁶⁴ y tras el recurso de la Fiscalía, la SA determinó que la SCP I había aplicado un estándar de prueba erróneo y por tanto había incurrido en un error de Derecho¹⁶⁵. Basándose en las consideraciones jurídicas de los jueces de apelación, la SCP I emitió una segunda orden de arresto en 2010, esta vez, por genocidio¹⁶⁶.

Aun siendo escasas las opciones de sentar a Al Bashir en el banquillo con el fin de dilucidar si, en efecto, es o no responsable de cometer genocidio en Darfur, entre otros crímenes internacionales que se le imputan, estas primeras aportaciones jurisprudenciales ofrecen luz a varios interrogantes hasta ahora no resueltos por la práctica anterior, aunque no consigan despejar algunas cuestiones que debido a la ausencia de una práctica jurisprudencial sólida sobre este crimen continúan sin respuesta. Así pues, esta primera aproximación judicial a la interpretación y aplicación del art. 6 del ER y de los Elementos del Crimen por parte de la CPI ofrece ya algunas pautas que serán de utilidad en futuros casos que puedan presentarse ante este tribunal¹⁶⁷.

¹⁶³ KRESS, Claus, “The ICC’s first Encounter with the Crime of Genocide. The case against Al Bashir” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 670.

¹⁶⁴ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, ‘Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir’, PTC I, 04-03-09, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, §s 31-33: “In my view, requiring the Prosecution to establish that genocidal intent is the only reasonable inference available on the evidence to allow the Chamber to be convinced of genocidal intent beyond a reasonable doubt, a threshold which is not applicable at this stage, according to article 58 of the Statute. (...) [t]he Prosecution need not demonstrate that such an inference is the *only* reasonable one at the arrest warrant stage. (...) Thus, once sufficient evidence is presented to render an inference of genocidal intent reasonable, one can be satisfied that there are reasonable grounds to believe that genocidal intent exists, unless evidence is also presented which would render an inference of genocidal intent unreasonable.”

¹⁶⁵ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Judgment on the appeal of the Prosecutor against the ‘Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir’”, AC, 03-02-10.

¹⁶⁶ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, PTC I, 12-07-10.

¹⁶⁷ El Estado de Gabon remitió a la CPI en septiembre de 2016 la situación de conflicto postelectoral de su territorio incluyendo el crimen de genocidio en su carta de remisión. Aunque será la Fiscalía quien decida si hay o no fundamentos razonables para creer que debe abrirse una investigación y en tal caso para incluir este crimen, se trata del primer Estado que invoca el art 6 del ER, concretamente la responsabilidad penal individual bajo el art 25(3)(e), esto es, por instigación directa y pública a cometer genocidio.

Sección 2ª. La existencia de un contexto para la comisión del crimen de genocidio

La Convención sobre el Genocidio estipula en su art. 2 que son dos los elementos que necesariamente deben concurrir para poder determinar la existencia de este crimen internacional: el elemento objetivo o *actus reus* (las conductas prohibidas) y el elemento subjetivo o *mens rea* (la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso). Si bien estos elementos están actualmente más que consolidados en la jurisprudencia, la necesidad de que el crimen de genocidio se acompañe de un contexto determinado ha sido y sigue siendo objeto de debate. La finalidad del establecimiento de un contexto sería evitar que una actuación individual pudiera considerarse genocidio, limitando así el concepto a los casos más graves¹⁶⁸. En la Convención no se incluyó nada al respecto ni tampoco en sus documentos preparatorios, aunque sí se hizo mención al contexto en el borrador del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad elaborado por la CDI. En este texto se recogía el contexto como un requisito para poder imputar la responsabilidad del delito, exigiendo que el sujeto conociera la existencia de un plan o política genocida a pesar de que la definición del delito no hiciera referencia alguna a esta cuestión¹⁶⁹.

Los tratados constitutivos de los tribunales *ad hoc* por su parte, al igual que la Convención, tampoco contienen ninguna referencia a un elemento contextual ni requieren la existencia de una política o plan. En este sentido, el hecho de que históricamente el genocidio coincida con la destrucción de un grupo protegido llevada a cabo mediante una política genocida no ha sido reflejado en la definición legal del crimen, cuyo objeto es sancionar la comisión de los actos enumerados sobre la base de la intención específica del autor¹⁷⁰. Sin embargo, aunque nunca llegara a formularse como componente del propio crimen, no puede decirse que éste carezca

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ-PACHECHO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, pp. 104-105.

¹⁶⁹ *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, adopted by the ICL at its 68th session in 1996: "The extent of knowledge of the details of a plan or a policy to carry out the crime of genocide would vary depending on the position of the perpetrator in the governmental hierarchy or the military command structure. This does not mean that a subordinate who actually carries out the plan or policy cannot be held responsible for the crime of genocide simply because he did not possess the same degree of information concerning the overall plan or policy as his superiors. The definition of the crime of genocide requires a degree of knowledge of the ultimate objective of the criminal conduct rather than knowledge of every detail of a comprehensive plan or policy of genocide. A subordinate is presumed to know the intentions of his superiors when he receives orders to commit the prohibited acts against individuals who belong to a particular group. He cannot escape responsibility if he carries out the orders to commit the destructive acts against victims who are selected because of their membership in a particular group by claiming that he was not privy to all aspects of the comprehensive genocidal plan or policy."

¹⁷⁰ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3 ed., Oxford, 2013, p. 123.

de apoyo en la jurisprudencia internacional de estos órganos, quienes han señalado en reiteradas ocasiones que la existencia de un plan o de un contexto en torno a la comisión del crimen no es un elemento legal de éste, sino un factor que facilita enormemente la prueba de la intención de destruir al grupo¹⁷¹.

2.1. La relevancia del contexto en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*

Dado que en el contexto ruandés nunca se cuestionó la existencia de un plan o política gubernamental para cometer el genocidio, las decisiones del TIPR pueden considerarse *obiter dicta* a efectos del análisis del elemento contextual¹⁷². La tarea de probar la intención genocida no fue tan complicada porque se asumió la existencia de un plan, lo complejo fue, más bien, determinar la naturaleza de los grupos implicados en el conflicto¹⁷³. En este sentido, en la sentencia *Akayesu* los jueces señalaron que el hecho de que se cometiera genocidio en Ruanda no podía influir en la decisión sobre la responsabilidad individual del acusado¹⁷⁴, de manera que, aun confirmando la existencia de un genocidio, el acusado podía ser absuelto, o incluso considerado culpable sin la necesidad de probar la comisión generalizada de un genocidio¹⁷⁵. Posteriormente, en la sentencia contra *Kayishema y Ruzindana* dispuso que si bien el plan específico para destruir no constituye un elemento del genocidio, no parece fácil que éste pueda cometerse sin un plan u organización¹⁷⁶, por lo que en virtud de esta interpretación su existencia sería una prueba relevante de la intención de destruir al grupo. Asimismo, en una instancia de apelación del caso *Karempera* los jueces asimilaron la existencia del genocidio a un hecho notorio, es decir, de conocimiento público, y como tal,

¹⁷¹ *Jelisić*, IT-95-10-T, Judgment, 14-12-99, § 48; *Jelisić*, IT-95-10-A, Judgment, 05-07-01, § 48; *Krstić*, IT-98-33-A, Judgment, 19-04-04, § 223; *Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-A, Judgment, 01-06-01, § 138; *Popović et al.*, IT-05-88-T, Judgment, 10-06-10, § 830.

¹⁷² SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 129.

¹⁷³ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *El genocidio en el Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 145.

¹⁷⁴ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-1998, § 129. De hecho, la SPI señaló que “it is not only obvious that an accused person could be declared innocent of the crime of genocide even when it is established that genocide had indeed taken place, but also, in a case other than that of Rwanda, a person could be found guilty of genocide without necessarily having to establish that genocide had taken place throughout the country concerned.”, nota al pie 61.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, pp. 105-106.

¹⁷⁶ *Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Judgment, 21-05-99, § 94.

esgrimieron que la existencia de una campaña a nivel nacional era relevante porque ofrecía el contexto para entender las acciones del acusado¹⁷⁷.

Respecto al TIPY, la jurisprudencia más relevante sobre esta cuestión se encuentra en los casos *Jelisić* y *Krstić*, puesto que en ambos se subrayó la importancia de la existencia de un plan para probar el crimen de genocidio. En *Jelisić*, la Sala de Primera Instancia (en adelante, SPI) trató de determinar la existencia de un genocidio en el que el acusado hubiera podido participar, y al concluir que no lo hubo, pasó a examinar si podía ser culpable de genocidio a título individual. Así, señaló que las matanzas cometidas por un solo individuo bastaban para satisfacer el elemento material del crimen de genocidio y por tanto, *a priori*, era posible concebir que el acusado escondía el plan de exterminar un grupo entero, aunque esta intención no la compartiera ninguna organización en las que otros individuos participaban, es decir, sostenía la vigencia del *lone génocidaire*, algo que como veremos, mantiene el ER aunque sea una hipótesis más que residual. Ahora bien, a pesar de que no descartaba el escenario en el que un individuo por sí mismo trata de destruir al grupo como tal, advertía sobre la dificultad de probar la intención genocida de un individuo si los crímenes cometidos no son generalizados y si el crimen imputado no se apoya en una organización o sistema¹⁷⁸.

Esta decisión del TIPY fue emitida sólo unos meses antes de que los Elementos de los Crímenes del ER fueran adoptados por la Comisión Preparatoria, de manera que es posible que tuviera cierta influencia en los delegados y en su proceso de redacción y que por ende éstos se decidieran a poner fin a la controversia mediante la introducción explícita de un elemento contextual que hiciera referencia al carácter colectivo del crimen¹⁷⁹. La SA del TIPY por su parte, siguiendo con esa idea expuesta previamente por la SPI, hizo una importante referencia a la construcción restrictiva del crimen señalando que en el contexto de probar el *dolus specialis*, en la mayoría de casos la existencia de un plan o política puede ser un factor relevante¹⁸⁰. Posteriormente, en el caso *Krstić* la SPI adoptó la misma postura pero esta vez basándose, aun sin estar obligada a ello, en el elemento contextual recogido en los Elementos del Crimen de genocidio que para entonces ya habían sido aprobados. Así, determinó que los actos de genocidio deben cometerse en el contexto de una pauta manifiesta

¹⁷⁷ *Karemera et al.*, ICTR-98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice, 16-06-06, § 36.

¹⁷⁸ *Jelisić*, IT-95-10, Judgment, 19-12-99, §§ 100-101.

¹⁷⁹ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary ... op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁰ *Jelisić*, IT-95-10-A, Judgment, 05-07-01, § 48.

de conducta similar dirigida contra el grupo afectado o deben constituir una conducta que sea por sí misma capaz de causar la destrucción del grupo total o parcialmente, por lo que entendi6 que la exclusi6n de los actos aleatorios y aislados del art. 5 del Estatuto del TIPY sobre cr6menes contra la humanidad era igualmente aplicable al crimen de genocidio regulado en su art. 4¹⁸¹. En otras palabras, los jueces consideraron que el genocidio, al igual que los cr6menes contra la humanidad, debe ser cometido en un contexto determinado.

Sin embargo, la SA del se mostr6 contraria a esta interpretaci6n y manifest6 que la SPI no debi6 basarse en los Elementos del Crimen de genocidio porque entendi6, en primer lugar, que 6stos no se ajustan a lo dispuesto en la Convenci6n, y en segundno lugar, porque la definici6n que contienen no reflejan el Derecho Internacional consuetudinario tal y como existia cuando el acusado cometid sus cr6menes¹⁸². En este sentido, seal6 que aunque la existencia de un plan puede ser 6til para demostrar si el acusado poseia intenci6n genocida, s6lo se trata de una prueba que sirve para la deducci6n de la intenci6n, no de un ingrediente legal del crimen¹⁸³. Si bien se trata de un gran pronunciamiento judicial sobre una cuesti6n jur6dica de gran calado, lo cierto es que lamentablemente no se acompa6a de un razonamiento igualmente s6lido. El 6nico argumento expuesto fue que la Convenci6n no recoge ning6n elemento contextual expl6citamente, quedando la ulterior declaraci6n de que los Elementos del Crimen no reflejan el Derecho consuetudinario como una mera afirmaci6n. En definitiva, en dos casos ante el TIPY la SPI admitid la importancia de la existencia de un plan o pol6tica para probar la intenci6n genocida aunque 6sta no sea un requisito ni componente del crimen y la SA hizo la misma concesi6n en una de las ocasiones.

Asimismo, valga mencionar que la existencia de un plan o pol6tica tambi6n ha resultado ser decisiva cuando el an6lisis se ha centrado, no en la responsabilidad penal individual, sino en la responsabilidad del Estado. Asid, la CIJ tambi6n ha venido pronunci6ndose en esta l6nea, primero exponiendo en el asunto *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro* que la

¹⁸¹ *Krsti6*, IT-98-33-T, Judgment, 2-8-01, § 682.

¹⁸² *Krsti6*, IT-98-33-A, Judgment, 19-04-04, §s 223.

¹⁸³ *Ibid.*, § 225. En relaci6n a los cr6menes contra la humanidad “the Appeals Chamber has rejected the argument that the legal elements of crimes against humanity (which include extermination) require a proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes. The presence of such a plan or policy may be important evidence that the attack against a civilian population was widespread or systematic, but it is not a legal element of a crime against humanity. As neither extermination nor genocide requires the proof of a plan or policy to carry out the underlying act, this factor cannot support the Trial Chamber’s conclusion that the offence of extermination is subsumed in genocide.”

existencia de un plan general o de una pauta de conducta más específica podría haberse apreciado como prueba de la intención¹⁸⁴, y más recientemente, sosteniendo en su sentencia del asunto *Croacia c. Serbia* que, teniendo en cuenta que es la destrucción total o parcial del grupo el objeto de la intención genocida, resulta difícil establecer dicha intención sobre la base de actos aislados. En ausencia de pruebas directas, deben probarse actos cuya escala muestre la intención no sólo de haber dirigido los actos contra algunos individuos por razón de su pertenencia a un grupo particular, sino también la de destruir al grupo total o parcialmente¹⁸⁵. De esta jurisprudencia puede deducirse que en efecto, pese a no ser un elemento de la definición del crimen, el contexto en forma de plan u organización se muestra ante algunos tribunales internacionales pioneros en materia de genocidio como un factor de gran relevancia para probar la intención genocida.

2.2. La introducción y aplicación del elemento contextual

Si nos centramos en el ER, como venimos exponiendo la definición consuetudinaria del genocidio tal y como quedó recogida en la Convención de 1948 y posteriormente en el art. 6 de aquél, no contiene un elemento contextual en relación a este crimen, ni tampoco su requisito de intencionalidad hace mención a una actividad genocida colectiva:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

Como puede apreciarse, se trata de una réplica de la definición recogida en la Convención, y por tanto cabría afirmar que su redacción incluye el hipotético caso de un individuo que trata de destruir total o parcialmente uno de los grupos mencionados en los textos, sin importar el contexto en el que lo haga. No obstante, los citados Elementos de los Crímenes adoptados en 2002 vienen a matizar esta cuestión introduciendo un elemento común—

¹⁸⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43, § 373.

¹⁸⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 03-02-15, § 139.

también denominado elemento contextual— a todos los actos de genocidio estipulados, que hasta entonces ningún texto recogía explícitamente: “que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”. Esto se complementa a su vez con la exposición de las siguientes explicaciones o definiciones recogidas en la introducción a los Elementos del Crimen de genocidio, que disponen que:

“Con respecto al último de los elementos de cada crimen:

- a) La expresión “en el contexto de” incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse;
- b) La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva;
- c) Pese a que el artículo 30 exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular.”

Así pues, el elemento común plantea dos formas alternativas o dos modalidades contextuales bajo las que los actos criminales constituirán genocidio. Éstos deberán formar parte de un contexto en forma de pauta manifiesta de conducta similar—el elemento contextual propiamente dicho— o bien, tratándose de actos aislados carentes de dicho contexto, deberán ser de gran magnitud y gravedad. No obstante, es la primera variante la que nos interesa, es decir, la pauta manifiesta de conducta similar, ya que en la práctica ésta se traduce en una política o plan de destruir total o parcialmente al grupo protegido. En este sentido, podría decirse que los redactores de los Elementos de los Crímenes sintetizaron lo que los tribunales *ad hoc* venían señalando a través de su jurisprudencia, pues tal y como expone Schabas “although there have been convictions for crimes against humanity in the absence of a plan or policy, there is nothing similar in the case law concerning genocide. In practice, although the jurisprudence often says that it is inquiring into whether ‘the perpetrator consciously desired the prohibited acts he committed to result in the destruction, in whole or in part, of the group as such’, judges invariably discuss the existence of the organized plan or policy, and conclude as to the existence of the ‘intent’ of the accused based on knowledge of such circumstances”¹⁸⁶. Su inserción en los Elementos del Crimen obedeció a la sugerencia de ciertos Estados que llamaron la atención sobre la necesidad de incluir el contexto con el fin de evitar que hechos aislados cometidos por una sola persona con la intención de destrucción

¹⁸⁶ SCHABAS, William A., *Genocide in International Law, op.cit.*, pp. 246-247.

necesaria constituyeran genocidio¹⁸⁷, siempre y cuando, como decimos, esos hechos no obedezcan a lo dispuesto en el segundo escenario recogido en los Elementos del Crimen.

Centrándonos entonces en el primer elemento común, esto es, la pauta manifiesta de conducta similar, el objeto del debate es determinar cuál es su naturaleza y en qué medida tiene cabida en la aplicación del ER dado que este texto no lo menciona ni explícita ni implícitamente. Anticipando algunas posturas que veremos a continuación, una interpretación podría ser que se trata de un elemento objetivo necesario para la comisión del delito, es decir, un elemento indispensable sin el cual no cabría hablar de genocidio. El problema que plantea esta línea es que choca con la literalidad de la definición del tratado, puesto que ésta no exige tal elemento y por tanto considerarlo un elemento objetivo necesario adulteraría y limitaría el delito con respecto a la regulación recogida en el ER y en el Derecho Internacional consuetudinario. Otra opción sería entenderlo como una condición objetiva de punibilidad, pero esto también requeriría que el elemento figurase de manera expresa, ya que por un lado, el contexto debería darse necesariamente, primero, para que el delito pudiera existir, y segundo, que para que éste pudiera perseguirse, interpretación que sería contraria al principio de legalidad. También se ha planteado entender el elemento como un requisito procesal para que la CPI pueda perseguir el delito en lugar de verlo como un elemento constitutivo de éste¹⁸⁸. Sin embargo, entender que el contexto es un requisito procesal supondría abrir la puerta a consideraciones complejas y desafortunadas como la categorización del propio crimen genocidio. Implicaría admitir que fuera de ese contexto también puede cometerse pero que en tal caso la CPI no sería competente. Esto dejaría fuera de su alcance el genocidio cometido de manera aislada por un individuo con la intención necesaria, creando una suerte de umbral que clasificaría el crimen en tipos graves y menos graves, y por tanto, colisionaría con la concepción generalizada del mismo como el ‘crimen de los crímenes’¹⁸⁹.

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 110.

¹⁸⁸ WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 334.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 111. En relación con esta interpretación podría defenderse que no resulta tan desacertada si se tiene en cuenta que el propio ER establece un umbral para los crímenes de guerra. Como es sabido, el art. 8(1) del ER dispone que “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 a gran escala de tales crímenes.” Esta disposición establece que la CPI dará prioridad a aquellos crímenes de guerra que cumplan ese requisito, sin que ello implique en ningún caso restar competencia a este tribunal para tratar los crímenes que se sitúen por debajo de dicho umbral. De hecho, en la práctica esta disposición ha sido ignorada por las Salas y sólo ha resultado relevante para la Fiscalía en dos ocasiones. La primera en relación a la situación en Irak y para defender la no apertura de una investigación. La segunda en la situación de Darfur, apoyándose en el artículo en cuestión para justificar la solicitud de una orden de arresto contra Abu Garda por entender que los ataques que se le imputaban contra miembros de operaciones de paz

Otra lectura alejada de estas consideraciones es la que sostiene que el elemento contextual se extrae de la intención genocida de destruir al grupo¹⁹⁰, que como veremos, es a nuestro juicio la más convincente. La Fiscalía se refirió a este elemento contextual en la solicitud de la orden de arresto contra Al Bashir, señalando el carácter planificado de la conducta impulsada por éste y asumiendo que el contexto es algo que debe tenerse en cuenta:

“The Prosecution must show that, as to each genocidal *actus reus*, the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against each target group. The magnitude, consistency and planned nature of the crimes detailed in this Application unequivocally demonstrate that the alleged acts of genocide took place in the context of a manifest pattern of similar conduct, in furtherance of Al Bashir’s plan to destroy in substantial part each of the target groups”¹⁹¹.

En su respuesta, la mayoría de la SCP I indicó que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha interpretado la definición del genocidio excluyendo cualquier tipo de elemento contextual—como un plan o política genocida—, de ahí que según su jurisprudencia, el crimen se complete por ejemplo, con el acto de matanza de un solo individuo con la intención de destruir total o parcialmente al grupo al que éste pertenece. Así, prosiguió, conforme a esa línea, para consumar el crimen de genocidio resulta irrelevante si la conducta en cuestión es capaz o no de constituir una amenaza concreta para la existencia del grupo o parte de él¹⁹². En consecuencia, la protección ofrecida por la norma a los grupos objeto de los actos materiales depende de que exista la intención de destruirlos en todo o en parte, y tan pronto como ésta se determine y se materialice en la comisión de un crimen aislado de un solo individuo la protección se activa, sin que la amenaza latente a la existencia del grupo generada por esa intención de destruir se haya convertido en una amenaza concreta a la existencia total o parcial de ese grupo¹⁹³. No obstante, los jueces observaron que los Elementos del Crimen complementan la definición del tipo recogida en el art. 6 del ER exigiendo un elemento contextual, en virtud del cual, la conducta debe haber tenido lugar en el contexto de una pauta

cumplían ese umbral. Así pues, dado que en la práctica los jueces no han reparado en esta cuestión, no cabe emplear esta disposición para justificar el establecimiento de un umbral similar para el crimen de genocidio, menos aún cuando en su caso el ER nada menciona al respecto. Véase SCAHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2 ed., Oxford, 2016, pp. 225-228.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 110-111; VEST, Hans., “A Structure-based concept of genocidal intent” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n° 4, 2007, p. 794; KRESS, Claus, “The Darfur Report and Genocidal Intent” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n° 3, 2005, pp. 572-576.

¹⁹¹ *Situation in Darfur, the Sudan*, “Public Redacted Version of the Prosecutor’s Application under Article 58”, PTC I, 14-07-08, § 209.

¹⁹² *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 119.

¹⁹³ *Ibid.*, § 120.

manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o debe haber sido de una naturaleza que la hiciera capaz de causar la destrucción total o parcial del grupo¹⁹⁴.

En este sentido, la SCP I reconoció que este elemento contextual se desvía de la definición del crimen y que existe cierta controversia respecto a su aceptación¹⁹⁵, afirmando, no obstante, que ni es incompatible con la definición, ni es una enmienda a ésta, sino que actúa como un elemento implícito:

“(…) the protection offered by the penal norm defining the crime of genocide - as an *ultima ratio* mechanism to preserve the highest values of the international community - is only triggered when the threat against the existence of the targeted group, or part thereof, becomes concrete and real, as opposed to just being latent or hypothetical.

“[T]he Majority considers that the definition of the crime of genocide, so as to require for its completion an actual threat to the targeted group, or a part thereof, is (i) not per se contrary to article 6 of the Statute; (ii) fully respects the requirements of article 22(2) of the Statute that the definition of the crimes ‘shall be strictly construed and shall not be extended by analogy’ and ‘[i]n case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted’; and (iii) is fully consistent with the traditional consideration of the crime of genocide as the ‘crime of the crimes’”¹⁹⁶.

Así, entendió que para consumar el delito de genocidio la conducta debe amenazar la existencia del grupo afectado o parte de éste, con lo que no bastaría una amenaza hipotética o latente. Sin embargo, no explicó lo que entiende por los términos de ‘amenaza concreta’ y esta formulación podría traer como consecuencia la imposición de un umbral demasiado alto en relación al contexto. En este sentido, la jueza Ušacka observó, acertadamente a nuestro entender, que esa precondition de ‘que exista una amenaza concreta’ se aproxima a un requisito que exige un resultado (*result-based requirement*)¹⁹⁷. No obstante, si para la segunda alternativa del elemento común basta con que la conducta en cuestión pueda causar por sí sola el resultado destructivo—que pueda causarlo, no que lo haya hecho—, para la primera alternativa no debe exigirse más. En este caso, entendemos que la existencia de un plan o política para destruir total o parcialmente al grupo es ya de por sí peligrosa para la supervivencia del mismo, pues su mera puesta en marcha amenaza la integridad de éste. La

¹⁹⁴ *Ibid.*, §§, 121, 123.

¹⁹⁵ *Ibid.*, § 125.

¹⁹⁶ *Ibid.*, §§ 124, 133.

¹⁹⁷ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, PTC I, 04-03-09, § 19, nota al pie 26.

lectura contraria introduciría un umbral demasiado elevado que ni la jurisprudencia previa ni el texto del elemento común en sí, avalan¹⁹⁸.

Esta interpretación se confirma por el hecho de que la Introducción de los Elementos subraya que “la expresión ‘en el contexto de’ incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse”. Si bien es cierto que los jueces emplearon unos términos confusos, la idea que trataban de exponer es que lo dispuesto en el elemento común de los Elementos del Crimen a los actos de genocidio requiere que éstos supongan una amenaza real para el grupo, amenaza que sólo puede ser tal cuando existe un plan o política para su destrucción o cuando un individuo, pese a actuar de manera aislada, tiene en su poder los medios que posibilitan causar una destrucción total o parcial del grupo, aunque en todo caso ésta última opción pueda considerarse una ‘opción de laboratorio’ más que otra cosa. Así, todo acto que no pueda configurarse dentro de una de estas dos opciones que señalan los Elementos queda fuera de ámbito de aplicación del ER.

2.3. Fundamentos para legitimar la aplicación del elemento contextual

La cuestión principal que ha surgido a raíz de la decisión de 2009 de la SCP I es precisamente determinar el papel que desempeña el contexto introducido en el año 2002, esto es, si se trata de una enmienda a la definición del crimen recogida en el art. 6 del ER o una incorporación al *actus reus* del crimen, algo que los jueces han negado, o si más bien se ubica en la esfera de la intencionalidad. En definitiva, se debate hasta qué punto su consideración es legítima teniendo en cuenta que ni el tipo penal en el ER ni la propia Convención hacen mención a éste.

Debe aclararse que nos estamos refiriendo a la primera vertiente del elemento común, es decir, al elemento contextual en sentido estricto, que es precisamente la que genera controversia en la medida en que requiere la existencia de una política, plan o campaña en la

¹⁹⁸ La decisión de 2010 no contiene ninguna referencia a la ‘amenaza concreta’, probablemente porque los jueces que componían la Sala en esa ocasión tomaron nota de lo que había señalado su compañera al respecto en su opinión contraria.

que insertar los actos genocidas¹⁹⁹. Algunos juristas consideran que la naturaleza misma del genocidio exige un elemento estructural²⁰⁰ o que la legitimidad del contexto tiene su origen en la propia lógica del delito, entendiéndose que éste requiere dicho elemento debido a la concepción del genocidio como el crimen de los crímenes o el crimen más grave²⁰¹. En este sentido, Kress sostiene que construir el crimen de genocidio sin exigir la existencia de un peligro, amenaza o riesgo real para el grupo afectado—que vendría determinado por un contexto de destrucción genocida colectivo— lo colocaría en una posición peculiar en relación con otros crímenes internacionales.

Además de los crímenes contra la humanidad, que implican un riesgo real para la población civil porque exigen un ataque masivo o sistemático, también los crímenes de guerra o el crimen de agresión requieren un peligro real para el bien jurídico internacionalmente protegido. En el caso de los primeros ese peligro deriva de la propia existencia de un conflicto armado, necesario éste para que puedan cometerse estos crímenes, y en el caso del último, el peligro se extrae del uso de la fuerza en contravención del Derecho Internacional²⁰². Esto, a su juicio, demuestra la necesidad de pasar un umbral elevado para alcanzar la esfera del *ius puniendi* de la comunidad internacional, umbral que debe ser igualmente aplicable al crimen de genocidio. En términos similares, otros autores exponen que la compatibilidad que defiende la mayoría de la SCP I del elemento contextual con la consideración tradicional del genocidio como el crimen de los crímenes tiene su razón de ser en el hecho de que, si éste debe ser visto como un crimen especialmente grave, ha de mantenerse algún tipo de umbral

¹⁹⁹ Respecto a la naturaleza del plan, política o campaña no hay unanimidad en la doctrina. Cryer considera que el elemento contextual no debe ser interpretado como equivalente a un plan o política genocida, sino que la conducta relevante debe producirse en un contexto de una ‘pauta manifiesta de conducta similar’, que a su vez puede satisfacerse mediante una campaña no genocida de ‘conducta similar’ contra la población civil. Véase CRYER, Robert, “The Definitions of International Crimes in the *Al Bashir* Arrest Warrant Decision” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n° 2, 2009, p. 291. En contra véase AMBOS, Kai, “Qué significa la ‘intención de destruir’ en el delito de genocidio?” en *Revista Penal*, n° 26, julio 2010, pp. 46-64; KRESS, Claus, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, pp. 669-704. Aunque la SPI I de la CPI no ha especificado que la campaña deba ser de naturaleza genocida, parece que la entiende como tal al señalar lo siguiente: “the case law of the ICTY and ICTR has interpreted this definition as excluding any type of contextual element, such as a genocidal policy or plan.” Véase *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 119.

²⁰⁰ VEST, Hans, *op. cit.*, p. 781.

²⁰¹ OOSTERVELD, Valerie, “The Context of Genocide” en Roy S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, p. 45; KRESS, Claus, “The crime of genocide and contextual elements” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n° 2, 2009, pp. 301-302; AMBOS, Kai, “Qué significa la ‘intención de destruir’... *op. cit.*”, p. 55.

²⁰² KRESS, Claus, “The crime of genocide and... *op. cit.*”, pp. 301-302.

objetivo de escala y gravedad, algo que ofrecen los Elementos del Crimen aceptados y adoptados por consenso por la comunidad internacional²⁰³.

Precisamente en este sentido, la SCP I advirtió acerca de las tendencias a trivializar el Derecho Internacional Penal *stricto sensu* cuando señaló que este cuerpo del Derecho constituye “the *ultima ratio* mechanism to preserve the highest values of the international community”²⁰⁴. Así pues, Kress considera que desde el punto de vista de una coherencia sistemática dentro del cuerpo de Derecho Internacional existente *stricto sensu*, no puede entenderse que por un lado la rama del Derecho Internacional Penal sea estricta y empleada como mecanismo *ultima ratio* en pro de la protección de intereses de toda la comunidad internacional y que por otro la definición del crimen de genocidio sea laxa²⁰⁵.

Otras voces apuntan al contexto como un elemento que dota de carácter internacional al crimen de genocidio²⁰⁶ o al hecho de que el ataque a bienes jurídicos supraindividuales, como la integridad de un grupo, se traduce en la necesidad de cierta organización y estructura, interpretación que permite excluir los supuestos donde individuos con intención genuina de destruir al grupo emprenden un ataque en solitario que por sí mismo no es suficiente para poner en riesgo la integridad de aquél²⁰⁷.

Ahora bien, a pesar de que la existencia de una campaña o plan genocida sea el contexto en el que principalmente se comete este crimen, no podemos olvidar que los Elementos del crimen de genocidio no excluyen el escenario del *lone génocidaire*, que es precisamente el que se prevé como alternativa en el elemento común o como segunda opción contextual: “que la conducta haya podido por sí misma causar esa destrucción”. Sin embargo, se trata de la visión tradicional aunque con ciertos matices, ya que como sabemos, para que estas circunstancias puedan darse no basta con que el individuo en cuestión mate a una, dos o a un

²⁰³ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 220. Sin embargo, resulta más adecuado referirse a la AEP, que fue quien realmente adoptó los Elementos de los Crímenes y quien a pesar de reflejar una gran parte de la comunidad internacional, no puede considerarse representativa de ésta.

²⁰⁴ ICC *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 124.

²⁰⁵ KRESS, Claus, “The crime of genocide and... *op. cit.*”, p. 302; *Ídem*, “The ICC's first...”, *op. cit.*, p. 676.

²⁰⁶ WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional... op. cit.*, pp. 81-82. Este autor sostiene que “todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo; la responsabilidad por el empleo de esta clase de violencia recae, por regla general, en un colectivo, normalmente un Estado. (...) En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido.”

²⁰⁷ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 304.

número reducido de personas con la intención de destruir al grupo al que pertenecen en todo en parte, sino que debe poseer los medios necesarios para provocar esa destrucción total o parcial del grupo afectado²⁰⁸, como por ejemplo armas de destrucción masiva. Aunque posible, resulta muy improbable y extremadamente difícil que pueda darse la situación en la que una sola persona esté en posición de destruir total o parcialmente a un grupo por sí misma sin la existencia de un contexto de violencia, una situación que Schabas ha descrito “as a little more than a sophomoric *hypothèse d'école* and a distraction for judicial institutions”²⁰⁹. Por ello, tal y como ha sucedido en el caso de Al Bashir, en la práctica es la primera alternativa señalada la que será aplicable en la inmensa mayoría de los casos, pues la naturaleza del propio crimen y la finalidad de proteger al grupo en peligro mediante su criminalización hacen que sea difícil construir este tipo penal sin la existencia de una política, plan o campaña orquestada desde los más altos poderes del Estado.

En este sentido, la idea de una campaña genocida no es algo novedoso, sino que como expone Kress, ocupa un lugar central en el concepto original del crimen²¹⁰. El propio Lemkin señaló que por genocidio debía entenderse la existencia de un plan coordinado dirigido a destruir los pilares esenciales de la vida de los grupos protegidos con el objetivo de aniquilarlos²¹¹. Aunque en la Convención de 1948 el concepto se limitara a la formulación del término de genocidio, resulta improbable que los Estados decidieran ampliar el ámbito de aplicación del crimen a supuestos en los que no haya un peligro real para un grupo o una parte de él, y no cabe duda de que la puesta en marcha de una política genocida supone un peligro real. No obstante, en 2002 los redactores de los Elementos tampoco quisieron enterrar el mencionado escenario del *lone génocidaire*, puesto que aun siendo improbables, estos casos pueden darse y deben quedar cubiertos por la norma. Al hilo de esta cuestión Schabas señala que “[B]ecause of the scope of genocide, it seems implausible that it can be committed by an individual, acting alone. This is another way of saying that, for genocide to take place, there must be a plan, even though there is nothing in the Convention that explicitly requires this.

²⁰⁸ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, pp. 208-209.

²⁰⁹ SCHABAS, William A., “Darfur and the ‘Odious Scourge’: the Commission of Inquiry’s Findings on Genocide” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, nº 4, 2005, p. 877.

²¹⁰ KRESS, Claus, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, p. 675.

²¹¹ *Ibid.*, en referencia a LEMKIN, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D. C., 1944, p. 79.

Raphael Lemkin spoke regularly of a plan as if this was a *sine qua non* for the crime of genocide. Genocide is an organized and not a spontaneous crime”²¹².

Sin embargo, a pesar de los argumentos expuestos, lo cierto es que la letra del art. 6 del ER no prevé ninguna base para introducir un elemento contextual y por lo tanto, los Elementos no pueden entenderse como una parte de los tipos recogidos en el ER, sino como pautas para su interpretación. Respecto al encaje de éstos en el ER, en el caso que nos ocupa la SCP I subrayó que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 9(1), 10 y 21(1) del ER, los Elementos de los Crímenes serán de aplicación a menos que la Sala encuentre una contradicción irreconciliable entre éstos y el ER²¹³. En cuanto al elemento contextual del genocidio concretamente, la Sala no apreció contradicción alguna entre éste y la definición del ER, entendiendo que no se incurría en analogía y por tanto no se vulneraba el art. 22(2) del ER al aplicarlos al caso²¹⁴.

En relación a esta cuestión, se han señalado otras maneras de fundamentar la aplicación del elemento contextual al ER. Cassese ha sostenido que la existencia de una política genocida no es siempre necesaria porque, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, puede darse el caso de un individuo que, en ausencia de dicho contexto, pueda por sí mismo causar la destrucción total o parcial de un grupo por ejemplo mediante el empleo de armas de destrucción masiva o, añade, mediante el ataque contra el liderazgo del grupo, que entiende, puede poner en riesgo, al menos en parte, su existencia²¹⁵. No obstante, señala que aun aceptando el elemento contextual, éste sólo es aplicable a los actos materiales de sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física del grupo, de imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos y de traslado forzoso de niños, pues considera que sólo éstos requieren necesariamente una acción colectiva u organizada²¹⁶. Sin embargo, esta lectura mediante la que se defiende la distinción de actos genocidas para la aplicación del elemento contextual no parece convincente para legitimar la aplicación de una cláusula que no recoge la propia definición del crimen. Consideramos por

²¹² SCHABAS, William A., “Darfur and the ‘Odious Scourge’: the Commission of Inquiry’s Findings on Genocide” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, nº 4, 2005, p. 246.

²¹³ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 128.

²¹⁴ *Ibid.*, § 133.

²¹⁵ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, *et al.*, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3. ed., Oxford, 2013, p. 124.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 125.

tanto que resulta arriesgado, y en la práctica imposible, determinar qué conductas genocidas implican siempre y de manera sistemática el apoyo de una estructura y cuáles pueden llevarse a cabo de manera individual.

En una línea diferente, Werle sostiene que los Elementos de los Crímenes “no aclaran si los requisitos mencionados deben ser abarcados por el dolo del autor o si es suficiente con su presencia objetiva. La primera posición contradice claramente el texto del Estatuto y debe, por tanto, rechazarse; los Elementos de los Crímenes no pueden tener como efecto limitar el aspecto interno del hecho en contra del tenor literal del Estatuto y del Derecho Internacional consuetudinario. Los parámetros de los Elementos de los Crímenes deben entenderse como requisitos procesales, que limitan la competencia de la Corte Penal Internacional a los casos concretos de genocidio en los que se haya llevado a cabo una ejecución real de una agresión sistemática”²¹⁷. Sin embargo, en el caso Al Bashir la CPI ya ha descartado expresamente esta lectura que dota de carácter jurisdiccional al elemento contextual, pues ha señalado que a éste le es aplicable lo dispuesto en el art. 30 del ER²¹⁸.

2.3.1. El enfoque basado en la estructura y la intención genocida realista

A tenor de las deficiencias que muestran estas interpretaciones mencionadas, por el momento la lectura más persuasiva respecto a la compatibilidad del enfoque adoptado por los Elementos de los Crímenes con la definición estatutaria es la defendida por quienes sostienen que el elemento contextual se encuadra en la intención de destruir. Aquí, de un lado, se encuentra el denominado ‘enfoque basado en la estructura’ (*structure-based approach*)²¹⁹, según el cual, la intención general o el dolo debe ser llevar a cabo actos individuales, mientras que la intención de destruir o el *dolus specialis*, la intención específica que caracteriza al genocidio, debe referirse a la acción genocida colectiva²²⁰, es decir, que el elemento

²¹⁷ WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional... op. cit.*, pp. 333-334.

²¹⁸ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 121, nota 142: “the Majority observes that, in the absence of an express subjective requirement in relation to the contextual element of genocide, the general subjective element provided for in article 30 of the Statute would be applicable.”

²¹⁹ VEST, Hans., “A Structure-based concept of genocidal intent... *op. cit.*”, pp. 785-790; AMBOS, Kai, “Qué significa la ‘intención de destruir’... *op. cit.*”, pp. 46-64; SCHABAS, William A., *Genocide in International Law*, *op. cit.*, pp. 242-264; KRESS, Claus, “The ICC’s First...”, *op. cit.*, pp. 679-682, 694-701.

²²⁰ AMBOS, Kai, “Qué significa la ‘intención de destruir’... *op. cit.*”, p. 55.

contextual se extrae de la intención colectiva de destruir al grupo aunque no se recoja en el tipo penal. A su vez, esta teoría divide la aplicación del enfoque basado en el conocimiento y la del enfoque basado en el propósito en función del rango que ocupe el autor en cuestión dentro de la estructura estatal u organizativa.

Así, en relación con este planteamiento Ambos entiende que mientras la definición objetiva del delito carece de un elemento contextual, este elemento se convierte en parte de la definición subjetiva, siendo su “‘portador’ la ‘intención de destruir’”.²²¹ Considera, pues, que lo que caracteriza al genocidio como ‘crimen de los crímenes’ es su especial antijuridicidad, resultado de una interpretación del delito basada en su especificidad dirigida a proteger a ciertos grupos de la destrucción total o parcial. Lo que propone siguiendo el citado enfoque es una solución dual, que implica distinguir entre autores de rango inferior e intermedio y superior. Respecto a los primeros, es decir, los soldados que en el contexto de una campaña genocida participan en el terreno, estima que en la medida en que carecen de los medios para destruir al grupo ellos solos no cabe esperar que actúen con el propósito de destruir. Por este motivo, para determinar su responsabilidad penal individual por genocidio se les aplicaría el enfoque basado en el conocimiento (*knowledge-based approach*) que implica probar que actúan con conocimiento del plan, sabiendo que sus actos forman parte de dicha campaña genocida y que con éstos contribuyen a la materialización de la intención colectiva de destruir. Deben saber al menos que quienes orquestan la campaña genocida actúan con la intención de destruir total o parcialmente al grupo²²². Esto implica que participan en el plan o empresa genocida general con conocimiento de que sus actos individuales, junto con los de los otros compañeros de rango, constituyen la materialización de la intención genocida representada por los líderes del plan. De esta manera, mediante la puesta en marcha del plan o campaña quedan conectados los actos del soldado o funcionario de bajo nivel por un lado y la

²²¹ *Ibíd.*

²²² *Ibíd.*, pp. 55-56. Ambos señala cuatro razones para sustentar esta interpretación. En primer lugar apunta que responde a la realidad criminológica de la conducta genocida, puesto que este crimen no puede ser cometido por unos pocos individuos aislados, sino que requiere un aparato u organización para implementar los planes genocidas. En segundo lugar, señala que los actos de estos autores solo adquieren el carácter de genocidas porque existía un plan para su ejecución del que ellos son un mero instrumento para su implementación. No se requiere que posean la intención especial de destruir sino saber de la existencia de dicho plan. En tercer lugar, dado que el genocidio sea ha construido a partir de los crímenes contra la humanidad y es esencialmente una forma especial de éste, se justifica una construcción del genocidio similar a la de un crimen contra la humanidad en lo que al conocimiento del ataque se refiere (art 7. del ER). Y en último lugar, respecto a la actitud del autor hacia el grupo es irrelevante que éste actúe con intención genocida o con el conocimiento del propósito genocida general. En pocas palabras, un simple genocida de rango inferior, al igual que un criminal contra la humanidad, debe actuar con conocimiento del elemento contextual, además de con la intención general respecto a los actos típicos que comete.

intención del líder por otro, complementándose mutuamente, sin importar si a nivel individual el autor de rango inferior posee o no esa intención de destruir.

En cambio, para los autores de rango intermedio y superior propone aplicar el enfoque basado en el propósito (*purpose-based approach*)²²³ ya que éstos sí deben poseer necesariamente la intención de destruir al grupo. Por un lado, los últimos son los líderes intelectuales y fácticos de la empresa genocida, esto es, los cerebros del plan y quienes ostentan el poder de ponerlo en marcha, así como quienes poseen de forma realista la intención ulterior de destruir al grupo protegido²²⁴. Por otro lado, los autores de rango intermedio son los más complejos de clasificar debido a su función organizativa, sin la que a su vez el plan genocida no podría implementarse. Dado que son esencialmente autores intelectuales del mismo, se les exigirá compartir la intención basada en el propósito de los líderes²²⁵. En cualquier caso, este enfoque basado en la estructura únicamente propone aplicar un acercamiento diferente al *dolus specialis* en función del rango del autor, sin que ello implique que tendrán una responsabilidad individual penal diferente. Si a los superiores se les aplica el enfoque basado en el propósito deberá probarse su intención genocida para poder considerarlos autores principales. La misma consideración cabe hacer en el caso de los ejecutores directos de los actos, pues bastará con probar que, aun en ausencia del *dolus specialis*, sabían que participaban en una campaña dirigida a destruir en todo o en parte a un grupo protegido. Así, en virtud de esta teoría todos ellos son considerados autores principales del crimen de genocidio y como tal todos podrían ser enjuiciados bajo el art. 25(3)(a) del ER²²⁶.

En una línea muy similar, Kress considera que la clave para compatibilizar el contexto con la definición del genocidio se halla en la interpretación del concepto de ‘intención genocida’ a la que él ha añadido el término ‘realista’, utilizado después, como hemos visto, por autores como Ambos. Lo que este autor entiende por ‘intención de destruir realista’ es que ésta

²²³ En una línea similar, Schabas matiza esa cuestión señalando lo siguiente: “[A]doption of a ‘purpose-based’ approach, which dwells on intent, results in a focus on individual offenders and their own personal motives. A ‘knowledge-based’ approach, on the other hand, directs the inquiry towards the plan or policy of a State or similar group, and highlights the collective dimension of the crime of genocide.” Véase SCHABAS, William A., *Genocide in International Law*, *op. cit.* pp. 242-243.

²²⁴ AMBOS, Kai, “Qué significa la ‘intención de destruir’... *op. cit.*, p. 57.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, p. 56. El art. 25(3)(a) del ER dispone que: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;”

requiere más que la vana esperanza de un autor de crímenes de odio de destruir al grupo o a parte de él, defendiendo que sobre la base de este concepto realista de intencionalidad—que considera perfectamente compatible con la formulación del término legal— es posible ofrecer una explicación coherente del elemento común: el autor individual actuará con la intención realista de destruir en todo o en parte el grupo en cuestión si su conducta es por sí misma capaz de causar esa destrucción. No obstante, como salvo las excepciones ya comentadas éste no va a ser el caso, a efectos prácticos la intención realista del autor va a exigir que su conducta tenga lugar “en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra el grupo”, o lo que es lo mismo, en un plan o campaña²²⁷, de manera que bajo este enfoque el elemento contextual constituiría el punto de referencia objetivo de la intención genocida del autor individual²²⁸.

De este modo, defiende que aunque el elemento contextual se haya recogido como un elemento circunstancial objetivo, el concepto de intención realista constituye la manera preferible de captar la esencia de lo que los redactores de los Elementos de los Crímenes tenían en mente. Si una campaña genocida es considerada como el punto de referencia objetivo para determinar una intención genocida realista, entonces está claro que el autor individual debe ser consciente de la existencia de esta campaña para generar esa intención²²⁹. Y es que, en la práctica, esta cuestión se inserta en el escenario del genocidio cometido como parte de una acción colectiva. Kress estima que en este contexto el autor actúa con intención genocida sea cual sea su nivel jerárquico si es consciente de que su conducta forma parte de una campaña colectiva realista dirigida a destruir un grupo protegido total o parcialmente y por tanto “[W]ith the awareness of such a genocidal campaign, the perpetrator knows of the real possibility that the (partial) destruction of the protected group may occur as a result of the collective action to which he or she chooses to contribute. This is sufficient”²³⁰. Así pues, en relación a la responsabilidad penal individual, Kress concurre con Ambos en que el mero conocimiento de la campaña genocida y la contribución a la misma convierte al ejecutor directo de los actos en responsable principal del crimen de genocidio. En este sentido, este autor sostiene que

²²⁷ SCHABAS, William A., *Genocide in International Law... op. cit.*, p. 251: “The Elements eschew the word ‘plan’ in favour of a ‘manifest pattern of similar conduct’, but any difference between the two expressions would appear to be entirely semantic.”

²²⁸ KRESS, Claus, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, pp. 679-680.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*, p. 698. En la misma línea, SCHABAS, William A., *Genocide in International Law..., op. cit.*, p. 252.

“[S]ome may perhaps doubt whether, as a matter of international legal policy, the criminalization under the definition of genocide should extend to participants of that kind at all. However, those behind the drafting of the definition of the crime, starting with Raphael Lemkin, intended to provide for ‘the liability of persons who order genocide practices, as well as of persons who execute such orders’. In accordance with this fact, it is uncontroversial that, *de lege lata*, the crime of genocide is not a leadership crime like the crime of aggression”²³¹.

Asimismo, estima que considerar a estos ‘ejecutores obedientes’ de bajo rango como responsables secundarios o accesorios, tal y como han hecho los tribunales *ad hoc* al amparo del enfoque basado en el propósito, supondría no poder condenarlos como autores principales precisamente por carecer del *dolus specialis*. Esto a su vez implicaría asumir que éstos sólo han participado en una actividad genocida colectiva, algo que estrictamente hablando, no es un crimen según el art. 6 del ER. El problema que surge de esta forma de construir la responsabilidad penal individual del ejecutor directo del plan conlleva indefectiblemente a la problemática categorización del superior que ha ordenado cometer los actos genocidas. El motivo es que si no puede considerarse que el ejecutor directo haya cometido genocidio por carecer de la intención específica, es cuestionable que el superior o el líder pueda ser responsable de haber ordenado su comisión o de haberla instigado. Esto lo solucionaría la aplicación del art. 25(3)(a) a ambas figuras por igual²³².

2.3.2. El enfoque intermedio adoptado por los jueces

En relación al *dolus specialis* la SCP I mencionó superficialmente las posturas expuestas anteriormente así como el enfoque basado en el conocimiento, esgrimiendo que esta corriente defiende el enjuiciamiento de los ejecutores directos y los jefes de rango medio bajo el título de la autoría principal del crimen siempre y cuando tengan conocimiento del carácter genocida de la campaña a la que contribuyen, a pesar de no compatir la intención genocida de quienes la orquestan y dirigen. En este sentido, expuso que este enfoque sólo difiere del enfoque tradicional empleado en la jurisprudencia internacional previa—el basado en el propósito empleado por los tribunales *ad hoc*— respecto al modo de responsabilidad individual. Entendió así que la aplicación de uno u otro enfoque sólo afecta a la responsabilidad penal individual de los jefes de rango medio y de los autores físicos de bajo nivel jerárquico cuando éstos son enjuiciados ante la CPI. En el caso de los líderes, dado que

²³¹ KRESS, Claus, “The Darfur Report ...*op. cit.*”, pp. 573-574.

²³² *Ibíd.*, p. 574.

siempre van a ser juzgados bajo el art. 25(3)(a) del ER como autores principales, cualquiera de las vías exige probar que hayan actuado con intención genocida²³³. En relación a los ejecutores directos o a los jefes de rango medio en cambio, la CPI descarta considerarlos autores principales a menos que se demuestre su intención genocida. Cuando no pueda probarse su *dolus specialis* pero sí que tenían conocimiento de la naturaleza genocida de la campaña, sólo podrán ser responsables como cómplices, accesorios o responsables de sus subordinados en virtud de los arts. 25(3)(b) y (d) y 28 del ER²³⁴. La CPI por tanto rompe por completo con el enfoque basado en el conocimiento o el enfoque basado en la estructura y aplica el enfoque basado en el propósito en todos los casos, independientemente del rango o rol que ostenten, y por tanto, según lo señalado hasta el momento, siempre exigirá probar el *dolus specialis* para poder considerar a un individuo autor principal.

El problema que plantea la interpretación de la CPI es que en la práctica está condicionando la aplicación del art. 25(3)(a) del ER y reduciendo enormemente la posibilidad de que quienes cometen directamente los actos de genocidio a sabiendas de que sus actos forman parte de una campaña genocida sean enjuiciados como autores principales, ya que como se ha puesto de manifiesto, en estos casos probar la intención genocida no es que sea muy difícil, sino que por lo general es imposible porque ni siquiera existirá dicha intención por parte de los ejecutores directos, tan sólo el conocimiento de contribuir a una campaña que sí se caracteriza por esa intencionalidad. Por lo tanto, resulta una interpretación poco congruente si se parte de la premisa de que debe existir una campaña o plan genocida en el contexto de este crimen, pues a su vez esto implica darle al genocidio la consideración de un crimen de naturaleza colectiva.

No cabe duda de que quienes planean y dirigen la campaña son autores principales, pero si enjuiciar a los ejecutores directos del plan de la misma manera depende de poder demostrar

²³³ ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 139, nota 154.

²³⁴ Art. 25(3) del ER: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;”

El art. 28 del ER es relativo a la responsabilidad de los jefes y otros superiores.

que éstos actuaban con *dolus specialis*, entonces parece claro que la CPI sigue considerando el genocidio como un crimen de liderazgo. Aunque lo más probable sea que los autores directos no se formen ese dolo especial a título individual, lo cierto es que el conocimiento de la naturaleza genocida de la campaña a la que contribuyen debería ser motivo suficiente para considerarlos autores principales al igual que quienes planean el crimen en las altas esferas de la estructura de poder. Además, ni el ER ni la Convención califican el genocidio como un crimen que sólo puedan cometer quienes dirigen dicha estructura, de forma que cualquier persona, ocupe el rango que sea, puede cometer genocidio, de la misma manera que cualquiera puede cometer crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. Cuestión distinta sería que por motivos de política y eficiencia en los recursos, la CPI optase por enjuiciar prioritariamente a quienes ocupan altos cargos, pero mediante esta decisión cierra la puerta a futuros enjuiciamientos de individuos de rango inferior.

Lo cierto es que en el caso Al Bashir esta cuestión no tuvo mayor recorrido ni se desarrolló adecuadamente justamente porque su figura no encaja en ninguna de las categorías o rangos inferiores. Se trata del presidente del gobierno sudanés, de forma que no cabía ninguna duda de que su intención genocida debía probarse necesariamente. En este sentido, el hecho de que la SCP I hiciera la distinción entre la intención genocida del gobierno de Sudán y la intención genocida de Al Bashir²³⁵ nos lleva a concluir que la mayoría de la SCP I defiende que efectivamente hay una conexión entre la necesaria intención genocida individual que debe poseer el presidente sudanés y la intención genocida colectiva. En otras palabras, para determinar la intención genocida de Al Bashir los jueces analizan la posible existencia de una campaña genocida orquestada desde las altas esferas gubernamentales. Si la intención del

²³⁵ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, §s 149-151: “the Majority considers that if the materials provided by the Prosecution support the Prosecution's allegations in this regard, the existence of reasonable grounds to believe that Omar Al Bashir had a genocidal intent would automatically lead to the conclusion that there are also reasonable grounds to believe that a genocidal campaign against the Fur, Masalit and Zaghawa groups was a core component of the GoS counter-insurgency campaign.

However, the situation would be different if the materials provided by the Prosecution show reasonable grounds to believe that Omar Al Bashir shared the control over the "apparatus" of the State of Sudan with other high-ranking Sudanese political and military leaders. In this situation, the Majority is of the view that the existence of reasonable grounds to believe that one of the core components of the GoS counter-insurgency campaign was a genocidal campaign against the Fur, Masalit and Zaghawa groups would be dependant upon the showing of reasonable grounds to believe that those who shared the control of the "apparatus" of the State of Sudan with Omar Al Bashir agreed that the GoS counter-insurgency campaign would, inter alia, aim at the destruction, in whole or in part, of the Fur, Masalit and Zaghawa groups.

It is for this reason that the Majority refers throughout the rest of the present decision to "the GoS's genocidal intent" as opposed to "Omar Al Bashir's genocidal intent."”

gobierno se traduce en una campaña genocida, entonces parece evidente que la SCP I opina que ésta sirve como un punto de referencia objetivo para determinar la intención individual de Al Bashir. En virtud de este punto de referencia, su intención individual se convertiría en realista porque en este caso, dado que es el líder del gobierno, no sólo debía conocer necesariamente la puesta en marcha de dicha campaña, sino que además debió de ser si no el principal cerebro, al menos uno de los que la orquestaron²³⁶.

2.3.3. La restricción del tipo penal mediante el elemento contextual

Además de estas cuestiones señaladas, no podemos obviar el hecho de que, si bien el elemento contextual no se encuentra en la definición del art. 6 del ER, éste se recoge en un texto que goza de una sólida legitimidad como son los Elementos de los Crímenes adoptados por al menos dos tercios de la AEP, de manera que, a nuestro modo de ver, la interpretación que venimos defendiendo respeta el principio de legalidad. Aunque según lo dispuesto en el art. 9 del ER “los Elementos de los Crímenes ayudarán a la CPI interpretar y aplicar los arts. 6, 7, 8 y 8bis del ER y serán compatibles con lo dispuesto en el ER”, no puede excluirse la posibilidad de que se dé un conflicto irreconciliable entre los Elementos de los Crímenes y la definición del crimen del tratado, si bien advierten que no debe asumirse la existencia de tal conflicto. Así pues, los Elementos deben evaluarse primero como lo que son, es decir, el reflejo del consenso de gran parte de la comunidad internacional de que ciertos crímenes deben ser interpretados de una manera concreta²³⁷, lo que debe aplicarse también al elemento común o contextual del crimen de genocidio. Dado que no hay indicios de que los redactores de este último elemento pretendieran mediante su adopción enmendar la definición consolidada del crimen— a pesar de que sí pueda haber diferencias respecto al lenguaje preciso y a la mejor manera de capturar analíticamente la idea subyacente—, no había un desacuerdo importante en la sustancia²³⁸. No obstante, es cierto que la introducción del

²³⁶ Sin embargo, debido al estándar erróneo de prueba aplicado en su análisis, la mayoría concluyó que las pruebas presentadas por la Fiscalía no demostraban que Al Bashir poseyera de forma inequívoca intención genocida y que por tanto cumpliera el elemento mental del crimen. Esto fue criticado por la jueza Ušacka—y corregido después por la SCP I en su segunda decisión—, quien acertadamente defendió que en esta fase del procedimiento bastaba con que ésta fuera una de las conclusiones razonables. Sería labor de una SPI, mediante la aplicación de un estándar más estricto (*beyond a reasonable doubt*), el evaluar y determinar posteriormente si en efecto se cumple este elemento.

²³⁷ KRESS, Claus, “The ICC’s first...” *op. cit.*, pp. 676-677.

²³⁸ *Ibid.*

contexto implica restringir el ámbito de aplicación del crimen de genocidio, ya que como venimos exponiendo, éste indica que sólo los casos que vengan acompañados de uno de los contextos recogidos en los Elementos de los Crímenes constituirán genocidio para la CPI, una consecuencia más positiva que negativa, pues no cabe duda de que la ampliación del ámbito de aplicación sería más problemática y desvirtuaría la esencia del crimen²³⁹.

La decisión de la SCP I al respecto representa, por un lado, una desviación de la jurisprudencia establecida sobre la necesidad de considerar el elemento contextual como parte del análisis, mientras que de otro, viene a señalar algo que las salas de los tribunales *ad hoc* ya venían apuntando en repetidas ocasiones, esto es, que el genocidio presupone la existencia de un peligro real para el grupo afectado y que esto en la práctica implica la necesidad de que exista un plan o campaña genocida. Aunque teóricamente la formulación del tipo penal permite entender que los casos aislados e individuales pueden ser constitutivos de genocidio, lo cierto es que, en realidad, suelen ir acompañados de contextos de ataques sistemáticos, planes o pautas de conducta similares. Si bien no cabe duda de que la introducción del elemento contextual en el tipo penal hubiera evitado esta controversia en relación a su legalidad, consideramos que precisamente su inclusión en los Elementos de los Crímenes le dota de legitimidad suficiente, haciendo necesaria su defensa. Esencialmente, porque además de resultar muy complejo en la práctica probar la genuina intención de destruir al grupo sin que concurra un contexto en el que se inserten los actos, también es perfectamente plausible defender que este contexto se extrae de la propia intención de destruir al grupo, que en vista de la responsabilidad penal individual, exigiría del sujeto el conocimiento de la campaña genocida en la que participa.

En definitiva, por más que surjan dudas acerca de su estatus y legitimidad, en la práctica este elemento suele concurrir, aunque no es menos cierto que su exigencia produce el efecto de restar importancia a los valores individuales subordinándolos a la afectación del grupo. Con la vista puesta en el futuro, no parece posible visualizar un siguiente caso de genocidio ante la CPI sin que se tenga en consideración de nuevo el elemento contextual, ya que en ausencia de éste es probable que el tribunal no califique los hechos como lo suficientemente graves para constituir genocidio. Por este motivo, los próximos enjuiciamientos por genocidio implicarán necesariamente a individuos que hayan participado en planes o campañas

²³⁹ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 307.

genocidas del Estado o de una organización similar, cuyo conocimiento por parte del acusado será decisivo para establecer su culpabilidad o inocencia, sea o no considerado el plan o política un elemento del crimen en sentido formal²⁴⁰. Por lo tanto, puede afirmarse que a menos que se dé el caso de una masacre de enormes proporciones ocasionada por un solo individuo, el ejemplo tradicional del *lone génocidaire* ha quedado enterrado, ya que éste necesita de un contexto para formar una intención genocida realista.

Las perspectivas para el procesamiento de Al Bashir no son en absoluto alentadoras y lo más probable es que jamás llegue a sentarse en el banquillo de los acusados de la CPI, al menos, mientras permanezca en el cargo, y en el caso de que llegase a suceder, tampoco resultará fácil probar los cargos de genocidio. No obstante, esto no supondría un fracaso para la CPI—juzgar al presidente sudanés ya sería todo un logro en vista de la enorme controversia que ha suscitado su imputación—, pues como ya señalan algunas voces, el genocidio está perdiendo relevancia en la esfera del Derecho Internacional Penal—al contrario que en el ámbito de la responsabilidad del Estado— debido a la consolidación de los crímenes contra la humanidad como categoría autónoma para crímenes cometidos en tiempos de paz y de guerra, categoría que ha dominado la práctica de este ámbito del Derecho Internacional²⁴¹. Lo cierto es que la concepción del genocidio como el ‘crimen de los crímenes’, en gran medida sustentada por la jurisprudencia del TIPY y el TIPR, de alguna manera ha conducido a restar relevancia al resto de crímenes internacionales en el imaginario colectivo, y concretamente a la categoría de los crímenes contra la humanidad. El eventual, aunque improbable, enjuiciamiento de Al Bashir deberá servir a la CPI para desmitificar el crimen de genocidio y acordar a los crímenes contra la humanidad el valor y la relevancia que merecen en el Derecho Internacional Penal.

Sección 3ª. La noción de ‘grupo protegido’

La categoría de grupos étnico fue introducida en la lista de grupos protegidos de la Convención cuando las negociaciones ya estaban en un estado avanzado, pues ni la Resolución 96 (I) ni los borradores los mencionaban. Suecia propuso introducirla con el fin de

²⁴⁰ SCHABAS, William A., *Genocide in International Law, op. cit.*, p. 252.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 703; SADAT, Leila N., “Crimes Against Humanity in the Modern Age” en *American Journal of International Law*, vol. 107, nº 2, 2013, pp. 334-377.

incluir a aquellos grupos de bagaje cultural e histórico común que no pudieran ser considerados nacionales, raciales ni religiosos, así como con el fin de evitar que los grupos nacionales fueran interpretados como grupos políticos²⁴². Podría afirmarse que resulta curioso, o como algunos lo han calificado, “una ironía histórica”, el hecho de que a pesar de su tardía inclusión, el concepto de grupo étnico haya adquirido tanta relevancia en la jurisprudencia internacional un período de tiempo tan breve²⁴³. Sin embargo, se trata de la categoría de mayor complejidad en cuanto a la definición debido a su naturaleza mixta, sus contornos imprecisos respecto a los grupos raciales y nacionales y su aspiración a cubrir las lagunas de protección surgidas de los conceptos más estrictos del resto de categorías²⁴⁴. Aunque es frecuente identificar a los grupos étnicos con parámetros culturales o desarrollos históricos comunes²⁴⁵, lo cierto es que como veremos, no hay una definición unánime de los factores que componen el concepto de etnia. El primer pronunciamiento judicial de la CPI sobre genocidio confirma esta realidad, pues los jueces se vieron obligados a lidiar con los conceptos de ‘grupo protegido’ y concretamente de ‘grupo étnico’ para resolver si había indicios suficientes para creer que Al Bashir ha cometido genocidio en Darfur. Los siguientes apartados de la decisión judicial contienen varios elementos que, por una parte consolidan, y por otra complementan la jurisprudencia previa al respecto:

“that the targeted group must have particular positive characteristics (national, ethnic, racial or religious), and not a lack thereof. In this regard, it is important to highlight that the drafters of the 1948 Genocide Convention gave “close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing well-established, some said immutable, characteristics.” It is, therefore, a matter of who the targeted people are, not who they are not. As a result, the Majority considers that negative definitions of the targeted group do not suffice for the purpose of article 6 of the Statute.

The Majority considers that there are no reasonable grounds to believe that nationality, race and/or religion are a distinctive feature of any of the three different groups—the Fur, the Masalit and the Zaghawa—that, according to the Prosecution, have been targeted. In this regard, the Majority highlights that the members of these three groups, as well as others in the region, appear to have Sudanese nationality, similar racial features, and a shared Muslim religion.

As a result, the question arises as to whether any of the three said groups is a distinct ethnic group. In this regard, the Majority finds that there are reasonable grounds to believe that this question must be answered in the affirmative as there are reasonable grounds to believe that each of the groups (the Fur, the Masalit and the Zaghawa) has its own language, its own tribal customs and its own traditional links to its lands”²⁴⁶.

²⁴² FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 225; Sweden: Amendments to Article II of the Draft Convention, U.N. Doc. No. A/C.6/230, 13-10-48.

²⁴³ KRESS, Claus, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, p. 682.

²⁴⁴ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 226.

²⁴⁵ WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 321.

²⁴⁶ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, §s 135-137.

3.1. La identificación positiva o negativa del grupo

En primer lugar, la decisión de la CPI parece afirmar una cuestión sobre la que no ha habido unanimidad en la jurisprudencia anterior. Se trata del debate en torno al método para determinar la pertenencia de un grupo a la categoría de grupo protegido, es decir, concretar cómo debe definirse éste, si con unas características específicas y ser por tanto identificado positivamente, o si por el contrario puede definirse por negación o por no cumplir algunas de ellas. En este sentido, la mayoría puso el ejemplo del caso *Jelisić*, en el que los jueces formularon que un grupo podía ser estigmatizado por criterios positivos o negativos. Un criterio positivo consistiría en que los autores del crimen distinguan a un grupo por las características que consideran particulares e inherentes a un grupo nacional, étnico, religioso o racial. El negativo, en cambio, centraría la atención en identificar a individuos como no integrantes o no miembros de un grupo al que los propios autores sienten pertenecer y que consideran que tiene unas características nacionales, étnicas, raciales o religiosas específicas. En virtud de esta segunda interpretación, todos los individuos rechazados formarían, por exclusión, un grupo distinto y ésta a su vez sería una construcción compatible con el objeto y fin de la Convención ya que, en opinión del TIPY, el tratado también protege a los grupos definidos por exclusión cuando han sido estigmatizados de esta manera por los autores del acto genocida²⁴⁷. Sin embargo, esta postura fue revocada por la SA del TIPY en el caso *Stakić*²⁴⁸ y esta última opinión fue la respaldada en 2007 por la CIJ en el caso de Genocidio en Bosnia²⁴⁹. La CPI ha seguido esta última línea jurisprudencial, defendiendo que el grupo se define por la presencia de características particulares positivas y no por su ausencia, ya que se trata de determinar quiénes son los afectados por el crimen. Por lo tanto, las definiciones negativas del grupo afectado no bastan para satisfacer lo dispuesto en el art. 6 del ER²⁵⁰.

²⁴⁷ *Jelisić*, IT-95-10, Judgment, 19-12-99, § 71.

²⁴⁸ *Stakić*, IT-97-24-A, Judgment, 22-03-06, §§ 20-21: “The term “as such” has great significance, for it shows that the offence requires intent to destroy a collection of people who have a particular group identity. Yet when a person targets individuals because they lack a particular national, ethnical, racial, or religious characteristic, the intent is not to destroy particular groups with particular identities as such, but simply to destroy individuals because they lack certain national, ethnical, racial or religious characteristics.

[...] Thus, genocide was originally conceived of as the destruction of a race, tribe, nation, or other group with a particular positive identity— not as the destruction of various people lacking a distinct identity.”

²⁴⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43, §§ 193-196.

²⁵⁰ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, §§ 115-116, 135.

3.2. El carácter restrictivo del criterio de estabilidad

En segundo lugar, la CPI consolida el carácter exhaustivo de la lista de grupos protegidos que recoge la Convención. Así, se distancia de lo señalado por el TIPR en la sentencia *Akayesu*, en la que se dispuso que la intención de los redactores de la Convención era claramente la de proteger a cualquier grupo estable o permanente²⁵¹. La introducción del criterio de estabilidad en esta sentencia abrió un gran debate, pues no sólo planteaba conceder tanto a hutus como a tutsis la categoría de grupos protegidos, sino otorgársela a todo grupo de carácter estable y permanente, indistintamente de su naturaleza. No obstante, como bien explica Cervell Hortal, “aunque el Tribunal dio acaso una interpretación demasiado laxa del problema, las características especiales del caso y la necesidad de sortear la impunidad lo justificaban plenamente”²⁵². Posteriormente, las sentencias *Rutaganda* y *Musema* ahondaron en el planteamiento expuesto. La primera señaló que la intención de los redactores era proteger a los grupos relativamente estables y permanentes, conclusión que los jueces extrajeron del hecho de que el texto excluye a varios grupos, como los políticos o económicos. En este sentido, abogaron por decidir caso por caso cuándo un determinado grupo goza de carácter protegido, teniendo en cuenta el material probatorio y el contexto político y cultural²⁵³. Así, se estimó que a ojos de la sociedad ruandesa el grupo tutsi se aceptaba generalmente como un grupo distinto que se caracterizaba por su estabilidad, por lo que le atribuyó el estatus de grupo protegido²⁵⁴. En la segunda, los jueces siguieron en esa línea y determinaron que el grupo tutsi es uno de los grupos legalmente protegidos del crimen de genocidio²⁵⁵, aunque evitaron encajarlo en una categoría concreta.

El TIPY, por su parte, también hizo referencia al criterio de estabilidad del grupo en el caso *Jelisić*, entendiéndolo, no obstante, que el grupo, además de estable, debía ser exclusivamente uno de esos cuatro²⁵⁶. Lo novedoso de este caso es que a diferencia de los expuestos, se afirmó la naturaleza religiosa del grupo afectado, es decir, los jueces no sólo

²⁵¹ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-98, § 701.

²⁵² CERVELL HORTAL, M^a José, *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Iustel, Madrid, 2013, p. 57.

²⁵³ *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Judgment, 06-12-99, §§ 57-58.

²⁵⁴ *Ibíd.*, § 377.

²⁵⁵ *Musema*, ICTR-96-13-T, Judgment, 27-01-00, §§ 162, 936.

²⁵⁶ *Jelisić*, IT-95-10-T, Judgment, 14-12-99, § 69: “Article 4 of the Statute protects victims belonging to a national, ethnical, racial or religious group and excludes members of political groups. The preparatory work of the Convention demonstrates that a wish was expressed to limit the field of application of the Convention to protecting “stable” groups objectively defined and to which individuals belong regardless of their own desires.”

señalaron que el grupo afectado era estable y que se calificaba como grupo protegido bajo la Convención, sino que subrayaron la naturaleza religiosa de las víctimas²⁵⁷. En esta misma línea, la Comisión Internacional de Investigación para Darfur recogió en su informe que desde un punto de vista jurídico, la interpretación expansiva del concepto de grupo protegido realizado por los tribunales *ad hoc* se ajusta al objeto y alcance de las normas sobre genocidio, que no es otro que proteger de la aniquilación deliberada a los grupos estables y permanentes que pueden diferenciarse en los fundamentos señalados en la Convención y en las normas consuetudinarias correspondientes²⁵⁸.

A tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia de estos Tribunales, el criterio de estabilidad se compone de rasgos como la permanencia²⁵⁹, la adscripción de miembros por nacimiento²⁶⁰, la ausencia de adscripción voluntaria por compromiso individual²⁶¹, la condición de miembro no modificable²⁶² y la dificultad de abandonar el grupo²⁶³. Como señala Fernández-Pacheco Estrada, “a partir de la jurisprudencia dominante, se puede convenir que el criterio de estabilidad implica una cierta permanencia del grupo como tal, es decir, independientemente de la concreta identidad de sus miembros. La adscripción al grupo se produce preferentemente por nacimiento aunque, de forma subsidiaria, caben ciertos supuestos de adscripción voluntaria. El abandono del grupo es muy difícil siendo la condición de miembro esencialmente no modificable”²⁶⁴.

Así pues, años después de la introducción del criterio de estabilidad por el caso *Akayesu* se han ido formando dos líneas jurisprudenciales hasta la llegada de la CPI. La primera, la interpretación extensiva, abogaba por reconocer la estabilidad sin límite alguno, es decir, cualquier grupo de carácter estable y permanente se consideraría grupo protegido, encaje o no en alguna de las cuatro categorías expresamente señaladas en la Convención. En cambio la segunda, la interpretación restrictiva, contemplaba como límite precisamente lo dispuesto en el tratado, de forma que un grupo social de carácter estable debe encajar dentro de una de esas

²⁵⁷ *Ibíd.*, § 72.

²⁵⁸ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (25-01-2005), § 501.

²⁵⁹ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-98, § 511; *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Judgment, 06-12-99, § 57.

²⁶⁰ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-98, § 511.

²⁶¹ *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Judgment, 06-12-99, § 57 ; *Jelisić*, IT-95-10-T, Judgment, 14-12-99, § 69.

²⁶² *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-98, § 511.

²⁶³ *Ibíd.*

²⁶⁴ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 153.

cuatro categorías para poder obtener la protección²⁶⁵. En el caso de la CPI, la mayoría de la SCP I defiende una interpretación restrictiva del criterio de estabilidad y rechaza de manera implícita la posibilidad de extender la protección de la Convención a otros grupos que no sean los recogidos en el texto, una lectura generalmente aceptada en la doctrina²⁶⁶. Tras este pronunciamiento judicial en el caso Al Bashir parece que la cuestión relativa la naturaleza *numerus clausus* de los grupos protegidos ha quedado resuelta.

3.3. La ausencia de definición de los grupos protegidos

No obstante, lo expuesto no aborda algunas cuestiones que continúan sin respuesta, como los criterios a seguir para definir un grupo protegido. La decisión de la CPI hace un ligero intento por distinguir las categorías de la Convención al cuestionarse si alguna de las características de cada una puede aplicarse a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa, es decir, hace un intento por distinguir los diferentes grupos protegidos al considerar a qué categoría adscribir a éstos, pero sin aportar una definición concreta de ninguna de ellas. Esto contrasta con la postura de quienes abogan por una interpretación integral y contraria a la necesidad de definir cada grupo, ya que entienden que la Convención puede desplegar su protección sin la necesidad de definiciones concretas, posición que también mantuvo el TIPY en alguna ocasión²⁶⁷. En virtud de este enfoque, se considera que los redactores del tratado no establecieron categorías individuales y diferenciadas, sino cuatro categorías que se superponen y que ayudan a definirse entre sí, cuya función es delimitar las cuatro vertientes de un área en la que pueden tener cabida y protección una infinidad de grupos. Así, los redactores habrían considerado que los cuatro grupos forman una relación dinámica y sinérgica en la que cada uno de ellos contribuye a la construcción del otro²⁶⁸, lo que explicaría

²⁶⁵ *Ibid.*, pp. 150-151, 159-160.

²⁶⁶ SCHABAS, William A., *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2 ed., Cambridge, 2009, p. 152; MARTIN Fanny, “The Notion of ‘Protected Group’ in the Genocide Convention and its Application” en Paola Gaeta (Ed.), *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 119-120; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, pp. 159.

²⁶⁷ *Krstić*, IT-98-33-A, Judgment, 19-04-04, § 556: “The preparatory work of the Convention shows that setting out such a list was designed more to describe a single phenomenon, roughly corresponding to what was recognized, before the second world war, as “national minorities”, rather than to refer to several distinct prototypes of human groups. To attempt to differentiate each of the named groups on the basis of scientifically objective criteria would thus be inconsistent with the object and purpose of the Convention.”

²⁶⁸ SCHABAS, William A., *Genocide in International Law...op. cit.*, pp. 129-130.

el solapamiento existente entre las diferentes categorías, que en ocasiones parecen reemplazables entre sí²⁶⁹.

Autores como Verhoeven o Werle consideran, en la línea expuesta, que aunque no exista certeza sobre el contenido de los grupos incluidos sí la hay sobre los grupos excluidos, y en vista de que no existen diferencias respecto a la protección concedida a los cuatro grupos de la Convención, no resulta necesaria una adscripción exhaustiva a un grupo concreto, pues bastaría con asegurarse de que el grupo de que se trate se puede incluirse en alguna de las categorías²⁷⁰. Igualmente, Schabas estima que dotar de significado autónomo a cada término debilitaría el sentido de la enumeración como un todo, al igual que Shaw entiende que definiciones demasiado concretas crearían lagunas respecto de grupos que acabarían por no poder ajustarse a ninguna de las definiciones y por ende, quedarían desprotegidos²⁷¹.

Lo cierto es que dada la vaguedad y amplitud de los conceptos de nacionalidad, raza, etnia o religión empleados en la Convención, por ahora sigue sin haber definiciones internacionalmente reconocidas y consensuadas de dichos términos. Precisamente en vista de la complejidad que entrañan y la constante evolución a la que están sujetas por depender en gran medida del contexto social en el que se utilizan, estas nociones son difícilmente definibles²⁷². Sin embargo, también hay quienes consideran necesario recurrir a parámetros más subjetivos aplicables al estudio individualizado de cada caso a pesar de los riesgos, es decir, desarrollar una definición genérica de cada una de las cuatro categorías a la espera de que ésta sea posteriormente aplicada al caso concreto²⁷³.

²⁶⁹ NSEREKO, Daniel, “Genocide: a crime against mankind” en Gabrielle Kirk McDonald, Olivia Swaak-Goldman (Eds.), *The Law and Enforcement of International Offenses: the Experiences of International and National Courts*, Vol. I, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 131.

²⁷⁰ VERHOEVEN, Joe, “Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté” en *Revue Belge de Droit International*, vol. 24, nº 1, p. 21.

²⁷¹ SCHABAS, William A., “Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda” en *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, nº 2, p. 386; SHAW, Malcolm N., “Genocide and international law” en Yoram Dinstein et al. (Eds.), *International Law a time of Perplexity*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 807.

²⁷² SCHABAS, William A., *Genocide in International Law... op. cit.*, pp. 111, 130.

²⁷³ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 199.

3.4. La identificación del grupo mediante los criterios subjetivo, objetivo y mixto

Esto nos lleva necesariamente a abordar el aún irresuelto debate sobre el criterio a seguir para la identificación del grupo y sus miembros o la clasificación de un conjunto de personas como grupo nacional, étnico, racial o religioso. Los dos criterios tradicionales empleados a estos efectos han sido el objetivo y el subjetivo. El primero obedece a elementos de naturaleza objetiva como las costumbres comunes, la lengua o religión, así como características físicas visibles como el color de la piel o la estatura, mientras que el segundo se refiere al proceso de identificación tanto por los miembros como por terceros a un grupo en concreto²⁷⁴. En este sentido, cabe señalar cómo la mayoría de la SCP I perfila la categoría de grupo étnico en el caso *Al Bashir*, subrayando que cada uno tiene su lengua propia, costumbres propias y vínculos tradicionales propios con sus tierras²⁷⁵. Parten así de elementos objetivos como el idioma y las costumbres para tratar de identificarlos como una de las categorías de grupo protegido por la Convención. Sin embargo, no hacen referencia alguna a la percepción que tanto las víctimas y los atacantes tienen del propio grupo y se distancian expresamente del debate jurisprudencial y doctrinal sobre los enfoques subjetivo, objetivo y mixto existentes para la identificación de los grupos apoyándose en la inexistencia de la definición de ‘grupo étnico’ en el ER, en las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante RPP) y en la jurisprudencia internacional, advirtiendo que aún no hay consenso respecto al enfoque adecuado para su definición. Por tanto no se postulan ni a favor del enfoque objetivo basado en consideraciones antropológicas, ni en el subjetivo basado en la percepción de los autores del crimen, ni tampoco en el mixto²⁷⁶.

El criterio subjetivo para la definición del grupo nació de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y concretamente del TIPR, a raíz de los problemas surgidos para la calificación de los tutsis, hutus y twas como grupos étnicos²⁷⁷, pues a pesar de que científicamente no podían considerarse así, habían venido diferenciándose como tales, desarrollando “fuertes

²⁷⁴ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 296.

²⁷⁵ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 137.

²⁷⁶ *Ibid.*, § 137, nota al pie 152.

²⁷⁷ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-98, § 171: “(...) customary rules existed in Rwanda governing the determination of ethnic group, which followed patrilineal lines of heredity. The identification of persons as belonging to the group of Hutu or Tutsi (or Twa) had thus become embedded in Rwandan culture. The Rwandan witnesses who testified before the Chamber identified themselves by ethnic group, and generally knew the ethnic group to which their friends and neighbours belonged. Moreover, the Tutsi were conceived of as an ethnic group by those who targeted them for killing.”

sentimientos de pertenencia a etnias diferentes, que a su vez produjeron una percepción social de grupos distintos²⁷⁸. El caso *Akayesu* planteaba por primera vez la aplicación de criterios de naturaleza subjetiva para definir al grupo²⁷⁹. El tribunal se encontró con serias dificultades al valorar si los tutsis eran un grupo protegido en el contexto de las masacres generalizadas en el país. Tras definir un grupo étnico como un conjunto de personas que comparten una lengua o cultura, las pruebas dejaban claro que eso precisamente no era lo que distinguía a los tutsis de los hutus. De esta manera, los jueces tuvieron que recurrir a criterios objetivos, como al hecho de que los ruandeses estaban obligados a llevar tarjetas de identificación clasificadas en función de la etnia hutu, tutsi o twa, para determinar que éstos formaban un grupo protegido, concluyendo que cualquier grupo estable y permanente estaba cubierto por la Convención²⁸⁰.

Sin embargo, la sentencia *Kayisema y Ruzindana* detalló posteriormente el contenido de este enfoque desde una doble vertiente. Por un lado, la identificación del grupo se llevaba a cabo mediante la percepción de los miembros que lo componían, es decir, se daba desde la auto-identificación como grupo étnico. Y por otro, la identificación la realizaban terceros, entre los que se encontraban los genocidas, que percibían a las víctimas como integrantes de un grupo étnico diferenciado²⁸¹. Esto permitía al TIPR definir a los tutsis en términos subjetivos sin necesidad de recurrir a la determinación del carácter estable del grupo. Posteriormente, en el caso *Rutaganda* los jueces optaron por un estudio individualizado²⁸² y expusieron que la identidad nacional, étnica, racial o religiosa son en gran medida conceptos subjetivos, sugiriendo así que un acto puede constituir genocidio mientras el autor perciba a la víctima como parte del grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuestión. No obstante, también señalaron que una definición subjetiva por sí sola no basta para definir los grupos protegidos por la Convención, sino que hace falta algo más²⁸³. Ésta última fue la línea seguida

²⁷⁸ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, pp. 161-162.

²⁷⁹ Al menos teóricamente, ya que no llegó emplearse en este caso.

²⁸⁰ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan, *et al.*, *op. cit.*, p. 211-212.

²⁸¹ *Kayisema et al.*, ICTR-95-1-T, Judgment, 21-05-99, § 98: “An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others). A racial group is based on hereditary physical traits often identified with geography. A religious group includes denomination or mode of worship or a group sharing common beliefs.”

²⁸² *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Judgment, 06-12-99, § 98.

²⁸³ Como explica Fernández-Pacheco Estrada, “más allá de la creencia de pertenecer a a grupos étnicos diferentes, hutus y tutsis poseían carnets de identidad que incluían una categoría denominada ‘etnia’. Por lo tanto, independientemente de los sentimientos de pertenencia a grupos étnicos por parte de las víctimas y verdugos, existían ciertos datos objetivos que confirmaban esta hipótesis.” Véase FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, p. 166.

tanto en casos posteriores de este tribunal²⁸⁴ como del TIPY, donde se reparó en el estigma impuesto por los autores al grupo afectado como el criterio a seguir²⁸⁵.

No fue hasta la sentencia *Semanza* del TPR que se inició una segunda fase en la aplicación del criterio subjetivo, en la que se promovió combinarlo con parámetros de carácter objetivo, esto es, un enfoque mixto²⁸⁶, que es el imperante hasta la fecha de hoy²⁸⁷ y que ha sido avalado incluso por la CIJ²⁸⁸. La Comisión de Investigación para Darfur recogió en su informe la imposibilidad de distinguir nítidamente los criterios subjetivos y objetivos en la formación de la percepción y auto-percepción de un grupo. El criterio objetivo lo identificó con la estabilidad y permanencia del grupo, considerando que sólo cuando se duda de éste deben aplicarse también los criterios subjetivos de percepción²⁸⁹. Asimismo, la Comisión consideró que el enfoque mixto ya forma parte integrante del Derecho Internacional consuetudinario²⁹⁰.

²⁸⁴ *Musema*, ICTR-96-13-A, Judgment, 27-01-00, §s 161-162: “The Chamber notes that, as stated in the Rutaganda Judgment, the concepts of national, ethnical, racial and religious groups have been researched extensively and, at present, there are no generally and internationally accepted precise definitions thereof. Each of these concepts must be assessed in the light of a particular political, social and cultural context. Moreover, the Chamber notes that for the purposes of applying the Genocide Convention, membership of a group is, in essence, a subjective rather than an objective concept. The victim is perceived by the perpetrator of genocide as belonging to a group slated for destruction. In some instances, the victim may perceive himself/herself as a member of said group.

Nevertheless, the Chamber is of the view that a subjective definition alone is not enough sufficient to determine victim groups, as provided for in the Genocide Convention. It appears, from a reading of the travaux préparatoires of the Genocide Convention, that certain groups, such as political and economic groups, have been excluded from the protected groups, because they are considered to be “non stable” or “mobile” groups which one joins through individual, voluntary ommitment. That would seem to suggest a contrariothat the Convention was presumably intended to cover relatively stable and permanent groups”; *Bagilishema*, ICTR-65-1A-T, Judgment, 07-06-01, § 65.

²⁸⁵ *Jelisić*, IT-95-10, Judgment, 19-12-99, § 70; *Krstić*, IT-98-33-T, Judgment, 02-08-01, § 557.

²⁸⁶ *Semanza*, ICTR-97-20-T, Judgment, 15-05-03, § 317.

²⁸⁷ *Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Judgment, 01-12-03, § 811 ; *Kamuhanda*, ICTR-95-54A-T, Judgment, 22-01-04, § 630 ; *Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-T, Judgment, 17-06-04, § 254 ; *Brđanin*, IT-99-36, Judgment, 01-09-04, §s 683-684; *Muvunyi*, ICTR-2000-55A-T, Judgment, 12-09-06, § 484.

²⁸⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43, § 191.

²⁸⁹ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (25-01-2005), §s 498-499.

²⁹⁰ *Ibid.*, § 501: “What matters from a legal point of view is the fact that the interpretative expansion of one of the elements of the notion of genocide (the concept of protected group) by the two International Criminal Tribunals is in line with the object and scope of the rules on genocide (to protect from deliberate annihilation essentially stable and permanent human groups, which can be differentiated on one of the grounds contemplated by the Convention and the corresponding customary rules). In addition, this expansive interpretation does not substantially depart from the text of the Genocide Convention and the corresponding customary rules, because it too hinges on four categories of groups which, however, are no longer identified only by their objective connotations but also on the basis of the subjective perceptions of members of groups. Finally, and perhaps more importantly, this broad interpretation has not been challenged by States. It may therefore be safely held that that interpretation and expansion has become part and parcel of international customary law.” Kress considera que se excedió en esta afirmación, KRESS, Claus, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, p. 684.

En este sentido, partiendo de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, el enfoque subjetivo puede definirse “como una pauta de interpretación del concepto de grupo que dota de relevancia a la percepción que los propios miembros tienen respecto a los contornos y criterio de atribución del grupo, así como a la que de estos aspectos pudiera tener el resto de la sociedad, entre la que pueden figurar los autores de los ataques”²⁹¹. No obstante, como se ha señalado, en el caso *Semanza* se exigió su combinación con ciertos parámetros objetivos, por lo que no se puede hacer depender la condición de grupo exclusivamente en factores subjetivos; y asimismo, están necesariamente limitados por las cuatro categorías expresamente reconocidas en la Convención. Bastaría, por tanto, con que los grupos afectados sean asimilables a alguna de las categorías recogidas.

Al hilo de esta cuestión, Schabas observa que el enfoque subjetivo es especialmente atractivo porque, precisamente, la intención del autor es un elemento decisivo en este crimen. Apunta que quizás su fallo, al menos en la teoría, es que si se considera de forma aislada, este enfoque permitiría que el genocidio fuera cometido contra un grupo que no tiene una existencia objetiva real, algo que explica mediante el siguiente ejemplo: “To make an analogy with ordinary criminal law, many penal codes stigmatize parricide, that is, the killing of one’s parents. But the murderer who kills an individual believing, erroneously, that he or she is killing a parent, is only a murderer, not a patricide. The same is true of genocide”²⁹². De esta manera, aboga por la necesaria confluencia de criterios, subjetivos y objetivos, subrayando que la dificultad de definir las categorías de grupos protegidos no les resta importancia ni valor desde la perspectiva jurídica.

A partir del derecho aplicable por la CPI, puede cuestionarse la validez de los planteamientos que otorgan relevancia al criterio subjetivo. En su versión restrictiva—dominante en la jurisprudencia internacional—, afecta a grupos que, a pesar de no contar con la naturaleza de grupos étnicos, raciales, nacionales o religiosos desde un punto de vista objetivo, desde uno subjetivo son asimilados a una de estas categorías. Así entendido, puede admitirse el enfoque subjetivo restrictivo siempre que quede limitado a las categorías

²⁹¹ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, pp. 166-167. No hay duda de que la identificación por los sujetos activos del delito juega un papel fundamental en la definición del grupo, ya que si quien hubiere cometido los actos genocidas no concibiera al grupo como un ente diferenciado del resto de la sociedad resultaría difícil que hubiera intentado destruirlo como tal. WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 320.

²⁹² William A., *Genocide in International Law... op. cit.*, p. 128.

admitidas y se combine con ciertos parámetros objetivos²⁹³. Desde esta perspectiva, se ajustaría a lo requerido por el art. 22(2) del ER, esto es, que “la definición del crimen sea interpretada estrictamente y no se haga extensiva por analogía”. Al determinar que los Fur, Masalit y Zaghawa tenían cada uno su lengua, sus costumbres tribales y sus vínculos tradicionales con la tierra, la SCP I omitió toda reflexión acerca de la percepción diferenciada de dichos grupos. No obstante, en su opinión contraria, la jueza Ušacka sí abordó esta cuestión aplicando un enfoque mixto a su análisis. Al definir los contornos del grupo protegido, consideró que estas poblaciones eran objeto de los ataques debido a que se percibía una afiliación entre éstos y los grupos rebeldes, y que conforme a la jurisprudencia previa de los tribunales *ad hoc*, la existencia de un grupo étnico debe evaluarse caso por caso empleando criterios subjetivos, como el estigma del grupo por parte de los autores, así como criterios objetivos, como los detalles de un contexto social o histórico determinado²⁹⁴.

En este sentido, señaló que cada uno de los grupos ha mantenido estructuras tribales separadas, estructuras sociales originadas en la administración tribal de las tierras y sus respectivas lenguas propias además del árabe. Al mismo tiempo, expuso que las poblaciones Fur, Masalit y Zaghawa eran percibidas por los criminales como una entidad unitaria de ‘tribus africanas’ aunque ninguna de éstas sea en realidad racialmente distinta de las que se perciben como ‘tribus árabes’²⁹⁵. Abogó así por considerar que el grupo protegido, en este caso, es un único grupo étnico de ‘tribus africanas’ compuesto por grupos más pequeños entre los que se encuentran los Fur, Masalit y Zaghawa²⁹⁶. En pocas palabras, la jueza consideró que los tres grupos deben considerarse conjuntamente, entendiendo que, en el contexto de Darfur, la línea étnica que separa los grupos recaía en la base de la distinción entre los grupos africanos y árabes.

Kress celebra que la decisión de la CPI parta de un enfoque objetivo en la definición de los conceptos de ‘grupo protegido’ y ‘grupo étnico’, a pesar de que el enfoque subjetivo, señala, sea atractivo inicialmente debido a que éste se basa precisamente en la opinión que el genocida tiene de las características del grupo, en función de la cual decide si una persona

²⁹³ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, *op. cit.*, pp. 169-170.

²⁹⁴ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, §§ 22-23.

²⁹⁵ *Ibid.*, § 25.

²⁹⁶ *Ibid.*, § 26.

será victimizada como integrante de un grupo o no²⁹⁷. Considera que son varios los motivos para defender el enfoque objetivo como punto de partida en el análisis del genocidio. Primero, porque el enfoque subjetivo supondría dejar en manos del genocida la construcción de los grupos que tienen cabida en la Convención y esto contravendría la decisión de los redactores de establecer una lista exhaustiva de grupos protegidos. Y segundo, porque entiende que únicamente un punto de partida objetivo en el análisis evita que el crimen de genocidio se transforme en un crimen inespecífico de destrucción por motivos discriminatorios que sólo podría distinguirse del crimen contra la humanidad de persecución atendiendo a la lista más limitada de los derechos individuales en juego²⁹⁸.

Un punto de partida objetivo en la definición de los conceptos ‘grupo protegido y ‘grupo étnico’, tal y como defiende la mayoría de la SCP I, deja margen a considerar también percepciones colectivas en dos sentidos. Por un lado, elementos como la historia, la cultura común o la lengua, pueden construir un sentido colectivo de identidad de grupo y esta percepción colectiva de los miembros en cuestión es a su vez un factor determinante para establecer la existencia de un grupo étnico dentro del significado de la definición de genocidio. Por otro lado, un análisis que parte de un enfoque objetivo limita el papel que la percepción de los autores puede tener en la delimitación de los márgenes externos de los grupos protegidos, es decir, resta peso a la percepción del genocida, aunque no la elimine del análisis²⁹⁹. A nuestro modo de ver, lo expuesto por Kress en realidad no difiere tanto del análisis de la jueza Ušacka, quien no sólo toma en consideración los elementos objetivos de la lengua o las costumbres, sino que lo complementa con el elemento subjetivo de la percepción.

La controversia que plantea la identificación de los miembros de alguno de los grupos que la Convención pretende proteger es que puede que éstos no siempre tengan una existencia objetiva tal y como la imaginaban los redactores. Los grupos, más que hechos científicos son a menudo construcciones sociales y aunque basarse en un enfoque puramente subjetivo no resulta recomendable, lo cierto es que con el racismo o con los ataques genocidas originados en la diferencia racial, por ejemplo, no siempre hay una base objetiva, es decir, las percepciones pueden estar basadas en distinciones imaginarias más que en unas auténticas o

²⁹⁷ KRESS, Claus, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, p. 684.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 685.

²⁹⁹ *Ibid.*

reales³⁰⁰. Por este motivo, es más eficaz la posición que defiende que el grupo debe tener alguna forma de existencia objetiva en primer lugar; de lo contrario, como advierte Kress, la Convención podría usarse para proteger grupos nacionales, étnicos, religiosos o raciales completamente ficticios. Así pues, con el fin de superar los problemas que emanan de enfoques meramente subjetivos u objetivos, el recurso a un enfoque mixto—que a su vez sea sensible al hecho de que la idea de un grupo distinto no siempre nace de factores objetivos sino que puede establecerse mediante ideas o creencias de cosificación sobre la diferencia, es decir, sobre construcciones sociales—parece más convincente. Así, si un grupo determinado es uno de los grupos protegidos debe evaluarse caso por caso en referencia a las particularidades objetivas de un contexto social e histórico concreto y a las percepciones subjetivas de los autores.

Sin embargo, la mayoría parte en su decisión de elementos únicamente objetivos como la lengua, las costumbres o los vínculos con la tierra—elementos antropológicos— para concluir que cada grupo compone una etnia diferente y que como tal, cada uno recibiría de manera individualizada la protección que concede el art. 6 del ER. Por el contrario, la jueza opina que en este caso no hay tres grupos sino un solo grupo étnico compuesto de varios subgrupos. Aplicando en su análisis el enfoque mixto, valora elementos objetivos como los citados además de la percepción que los autores del ataque tienen de las víctimas como grupo diferenciado.³⁰¹

Lo cierto es que, pese a la diferente manera de abordar la naturaleza e identificación de los grupos Fur, Masalit y Zaghawa por parte de la mayoría y de la opinión contraria de la jueza Ušacka, no cabe apreciar grandes diferencias en cuanto a la protección final, pues sea partiendo únicamente de elementos objetivos o de un enfoque mixto, el carácter de grupo étnico y como tal la protección de la Convención mediante el ER les es concedida a todos ellos. Sin embargo, este debate nos indica que respecto a esta cuestión aún no hay una postura unánime y además, dado que la mayoría optó por no ahondar en ello, es probable que la CPI deba profundizar en cuestión la próxima vez que tenga ocasión de lidiar con el crimen de

³⁰⁰ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 214; SCHABAS, William A., “Darfur and the ‘Odious Scourge’... *op. cit.*, p. 879.

³⁰¹ ICC *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, PTC I, 12-07-10, §§ 9-12.

genocidio, quizás ante un caso de mayor dificultad en cuanto a la identificación del grupo protegido.

Sección 4ª. Los actos materiales del crimen de genocidio

A pesar de que la práctica de la CPI en materia de genocidio aún sea escasa, la jurisprudencia existente hasta la actualidad aborda varios tipos penales del art. 6 del ER cuyo análisis resulta relevante para determinar la concordancia de la interpretación de los mismos respecto de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. En este sentido, dado que, como ya se ha señalado anteriormente, la SCP I determinó que el material presentado por la Fiscalía no establecía un fundamento razonable para creer que Al Bashir había actuado con intención genocida, en la primera decisión los jueces no procedieron a analizar si se satisfacían los elementos materiales de cada uno de los cargos de genocidio imputados. No obstante, en la segunda la SCP I llegó a una conclusión diferente respecto al *dolus specialis* del presidente sudanés y solicitó una orden de arresto por genocidio después de que la SA rechazara el estándar de prueba aplicado por la SCP I. Esto obligó a los jueces a reconsiderar el análisis previo mediante otro estándar de prueba y a abordar los tres actos genocidas recogidos en los arts. 6(a)-(c) del ER correspondientes a los cargos de genocidio recogidos en el acta de acusación.

4.1. La matanza de miembros del grupo

En la decisión de 2010 los jueces señalaron que según los Elementos del crimen, el elemento material específico del crimen de genocidio por matanza implica ‘que el autor haya dado muerte a una o más personas’, un elemento que, como sabemos, es común al crimen contra la humanidad de asesinato recogido en el art. 7(1)(a) del ER aunque con dos diferencias. En primer lugar, que en el caso del genocidio la matanza debe dirigirse contra miembros de un grupo nacional, étnico, religioso o racial, mientras que en el caso de los crímenes contra la humanidad el asesinato debe dirigirse contra la población civil. En segundo lugar, que la calificación jurídica del acto podrá cambiar de crimen contra la humanidad a crimen de genocidio en función de los elementos contextuales específicos, de que las víctimas

pertenezcan a un grupo protegido y de que se cumpla la *mens rea* requerida³⁰². Esta declaración de la SCP I, junto con lo dispuesto explícitamente en los Elementos de este primer acto de genocidio, confirman que aunque que el texto del art. 6(a) del ER lea ‘miembros del grupo’, bastaría con que se causase la muerte de un solo miembro del grupo protegido. Así, Schabas subraya que la muerte de una un solo integrante del grupo protegido bastaría, puesto que la dimensión cuantitativa corresponde al elemento mental del delito:

“The reference to ‘members of the group’ as victims of the genocidal act in paragraph (a) of article II, as well as in the subsequent paragraphs, may suggest that the act itself must involve the killing of at least two members of the group. Such an interpretation seems a bit absurd, however, and, from a grammatical standpoint, the phrase can just as easily apply to a single act of killing. Judgments of the Tribunals support the thesis that only one victim is required. In one judgment, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda said that ‘there need not be a large number of victims to enter a genocide conviction’. The co-ordinator’s discussion paper, submitted at the conclusion of the February 1999 session of the Working Group on Elements of Crimes, following informal discussions with interested States, took the reference to ‘members of the group’ to mean ‘one or more persons of that group’. Clearly, the quantitative dimension, that genocide involves the intentional destruction of a group ‘in whole or in part’, belongs to the mental and not the material element”³⁰³.

Así, aunque algunos autores como Berster defienden que este acto genocida requiere causar la muerte de al menos dos personas³⁰⁴, la línea expuesta por Schabas y la CPI constituyen la corriente mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia³⁰⁵.

4.2. La lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo

De acuerdo con los Elementos del crimen, el elemento material específico de este acto de genocidio requiere que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas del grupo, lo que puede realizarse mediante actos de tortura, violación, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, entre otros³⁰⁶. La Fiscalía imputó a Al Bashir este cargo de genocidio sobre la base de los actos subyacentes de violación y otras formas de violencia sexual, tortura y traslado forzoso de miembros de los grupos protegidos y

³⁰² *Ibid.*, § 20.

³⁰³ SCHABAS, William A., *Genocide in International Law... op. cit.*, pp. 179-180. Véase también KRESS, Claus, “The ICC’s first...” *op. cit.*, p. 686.

³⁰⁴ BERSTER, Lars, “Article II” en Christian J. Tams, Lars Berster *et al.*, *Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide: a commentary*, Verlag C. H. Beck, München, 2014, pp. 116-118.

³⁰⁵ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 215; WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho... op. cit.*, p. 325.

³⁰⁶ Art. 6(b) de los Elementos de los Crímenes y nota al pie 2.

la Sala señaló que coincidían con los actos imputados como crímenes contra la humanidad (traslado forzoso de población, tortura y violación a civiles)³⁰⁷.

Lo llamativo de lo expuesto por la Sala es que ésta parece sugerir que esos actos que señaló la Fiscalía siempre causan una lesión grave a la integridad física o mental. En otras palabras, los jueces consideraron que los mismos actos subyacentes que se alegaron como crímenes contra la humanidad también eran actos genocidas al entender que éstos provocan indefectiblemente una lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. Sin embargo, lo cierto es que tal y como dispuso el TIPY en el caso *Krstić*, este acto genocida en cuestión requiere haber causado un inconveniente grave y de larga duración a la capacidad de la víctima de llevar adelante una vida normal y constructiva:

“The Trial Chamber finds that serious bodily or mental harm for purposes of Article 4 *actus reus* is an intentional act or omission causing serious bodily or mental suffering. The gravity of the suffering must be assessed on a case by case basis and with due regard for the particular circumstances. In line with the Akayesu Judgement, the Trial Chamber states that serious harm need not cause permanent and irremediable harm, but it must involve harm that goes beyond temporary unhappiness, embarrassment or humiliation. It must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person’s ability to lead a normal and constructive life. In subscribing to the above case-law, the Chamber holds that inhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury”³⁰⁸.

Así pues, según la jurisprudencia anterior, determinar si el trato inhumano o degradante ha desembocado en ese resultado sólo puede hacerse mediante un análisis caso por caso. A pesar de que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* menciona la deportación o el traslado forzoso de la población civil como uno de los actos que efectivamene pueden causar una lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, la decisión de la CPI, lejos de señalar con cautela que en este caso el traslado forzoso también podría generar ese daño, parece asumir y dar por sentado ese resultado³⁰⁹. Lo cierto es que los Elementos de los Crímenes no mencionan expresamente el traslado forzoso como uno de los actos que pudieran llevar a determinar que se ha cometido esta conducta. En este sentido, aunque no sea una lista *numerus clausus* y por tanto admita otros actos en calidad de actos genocidas, parece

³⁰⁷ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, PTC I, 12-07-10, §s 25-26.

³⁰⁸ *Krstić*, IT-98-33-T, Judgment, 02-08-01, § 513. Véase también JESSBERGER, Florian, “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide” en Paola Gaeta (Ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 99; WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho... op. cit.*, p. 327.

³⁰⁹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, PTC I, 12-07-10, §s 26-31.

arriesgado por parte de los jueces asumir que el traslado forzoso por sí mismo causa inequívocamente esa lesión grave.

A pesar de que la Fiscalía incluía el traslado forzoso como uno de los actos que causaba lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo³¹⁰, a nuestro entender, los jueces generalizaron la cuestión sin profundizar en el análisis, lo que puede acarrear unas consecuencias no deseables. Y es que, aceptar sin mayores reflexiones que el traslado forzoso es de por sí capaz de lesionar gravemente la integridad física o mental de quien lo sufre, podría abrir la puerta a considerar que una campaña de limpieza étnica siempre cumpliría el *actus reus* del crimen de genocidio³¹¹. En este sentido, cuando el objetivo de la deportación o el traslado forzoso únicamente es desplazar pero no destruir al grupo o a parte de él, el acto no puede constituir genocidio, pues para que pueda serlo, el acto debe tener como fin la muerte de los trasladados o deportados³¹². Éste podrá constituir un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra, pero no un crimen de genocidio. La CPI, sin embargo, no profundizó en esta cuestión y como decimos, se limitó a concluir que el traslado forzoso constituye el acto de genocidio previsto en el art. 6(b) del ER³¹³.

³¹⁰ *Situation in Darfur*, Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58, PTC I, 14-07-08, §§ 155-171.

³¹¹ KRESS, Claus, "The ICC's first...", *op. cit.*, p. 687.

³¹² GUILFOYLE, Douglas, *op. cit.*, p. 277; SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal... op. cit.*, pp. 106-107; *Stakić*, IT-97-24-A, Judgment, 22-3-06, § 56: "the evidence could reasonably be seen as consistent with the conclusion the Trial Chamber did draw: that the Appellant merely intended to displace, but not to destroy, the Bosnian Muslim group. To be sure, he was willing to employ means to this end that ensured that some members of the group would be killed and others brutalised, and this was surely criminal – but not necessarily genocidal, absent evidence proving beyond a reasonable doubt that he sought the destruction of the group as such."

³¹³ No obstante, en la primera decisión sobre la orden de arresto, los jueces sí aclararon la diferencia entre el genocidio y la limpieza étnica al distinguir el *dolus specialis* del crimen de genocidio y la intención persecutoria del crimen contra la humanidad de persecución. Así, expusieron que "this does not mean that the practice of ethnic cleansing - which usually amounts to the crime against humanity of persecution - can never result in the commission of the crime of genocide. In this regard, the Majority considers that such a practice may result in genocide if it brings about the commission of the objective elements of genocide provided for in article 6 of the Statute and the Elements of Crimes with the *dolus specialis*/specific intent to destroy in whole or in part the targeted group." Véase *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", PTC I, 04-03-09, § 145.

4.3. El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial

Estas condiciones de existencia destinadas a destruir al grupo total o parcialmente también se han dado a conocer en la doctrina como las “slow-death measures”³¹⁴, ya que el autor que las inflige no mata de forma inmediata a los miembros del grupo sino que busca provocar su destrucción física en el tiempo. Asimismo, a diferencia de las categorías previas, no se trata de una forma del crimen basada en el resultado, sino que requiere que las condiciones impuestas estén diseñadas o calculadas para la consecución de ese resultado³¹⁵. En la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* encontramos condiciones como la de someter a un grupo a una dieta de subsistencia, la expulsión sistemática de los hogares y la reducción de los servicios médicos básicos³¹⁶, la privación deliberada de recursos indispensables para la supervivencia como alimentos o atención sanitaria³¹⁷, así como la creación de circunstancias que podrían llevar a la muerte lentamente, como la falta de techo, vestimenta e higiene o un esfuerzo físico excesivo³¹⁸.

Sin embargo, puede advertirse una incoherencia entre la definición del acto de la Convención o del ER y lo dispuesto en los Elementos del crimen. Éstos últimos, por una parte, disponen que “por la expresión ‘condiciones de existencia’ se podrá entender, entre otros, el hecho de privar a las personas afectadas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares”. Si nos atenemos a ello y a la definición del acto, vemos que ambos excluyen la situación en la que estas condiciones se impongan únicamente a una persona del grupo. Así, al contrario de lo que sucede con los dos actos genocidas anteriores, en este caso el acto implicaría necesariamente actuar en un contexto genocida. No obstante, el primer Elemento del crimen parece obviar esta cuestión al redefinir este acto genocida de conformidad con el resto: “que el autor haya sometido a una o más personas a ciertas condiciones de existencia”.

³¹⁴ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *op. cit.*, p. 116; WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho... op. cit.*, p. 327.

³¹⁵ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *op. cit.*, p. 116: “It is not required that those conditions of life actually bring about the physical destruction of the group, in whole or in part; it is only required that ‘they are calculated to bring its destruction’, namely that they intended to achieve this result”; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 216.

³¹⁶ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-1998, §§ 505-506.

³¹⁷ *Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-A, Judgment, 01-06-01, § 115.

³¹⁸ *Brđanin*, IT-99-36-T, Judgment, 01-09-04, § 498.

En otras palabras, los Elementos traducen la referencia en el art. 6(c) del ER al ‘sometimiento intencional del grupo’ a “sometimiento intencional a una o más personas a ciertas condiciones...”. Si tenemos en cuenta que la conducta genocida en cuestión debe acarrear la destrucción física total o parcial del grupo, este acto necesariamente implicará que sea más de una víctima la que sea sometida a esas condiciones.

La SCP I señala que este acto de genocidio requiere un elemento adicional, el de infligir ciertas condiciones de vida sobre una o más personas con el objeto de lograr la destrucción del grupo total o parcialmente³¹⁹. La referencia explícita que se hace en la definición a la destrucción física indica que no basta con que el acto genocida en cuestión deba acarrear la disolución del grupo, sino que el sometimiento a las condiciones de vida debe ser capaz de causar la muerte o lesión grave física o mental a un número de miembros suficiente que pueda considerarse como una parte del grupo³²⁰. De conformidad con esta línea interpretativa, en relación a la expulsión forzosa del hogar o limpieza étnica y a si ésta podría constituir genocidio, la jurisprudencia internacional anterior había determinado que el desplazamiento forzoso de un grupo étnico o parte de él no puede considerarse una condición que acarree por sí misma la destrucción física total o parcial del grupo afectado³²¹. Por tanto, el objetivo de crear un área étnicamente homogénea mediante una política de expulsiones forzosas no es necesariamente una conducta genocida³²², a menos que con ello se pretenda la destrucción total o parcial del grupo protegido. Así, cuando la expulsión está diseñada para causar la muerte de los expulsados, la campaña de limpieza étnica podría cruzar la línea del crimen contra la humanidad y adentrarse en la esfera del genocidio³²³, aunque el mero conocimiento de que algunos de los expulsados inevitablemente morirán debido a los métodos de expulsión empleados no será suficiente para probar la intención genocida.

³¹⁹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, PTC I, 12-07-10, § 33.

³²⁰ KRESS, Claus, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, p. 688.

³²¹ *Stakić*, IT-97-24-T, Judgment, 31-07-03, § 519; *Krstić*, IT-98-33-A, Judgment, 19-04-04, § 33; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43, § 190; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 03-02-15, §§ 161-163.

³²² CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 216.

³²³ GUILFOYLE, Douglas, *op. cit.*, p. 278. Esta fue la posición de la PTC I en la decisión de 2009: “in the view of the Majority, this does not mean that the practice of ethnic cleansing—which usually amount to the crime against humanity of persecution— can never result in the commission of the crime of genocide. In this regard, the Majority considers that such a practice may result in genocide if it brings about the commission of the objective elements of genocide provided for in article 6 of the Statute and the Elements of Crimes with the *dolus specialis*/specific intent to destroy in whole or in part the targeted group”, § 145.

Siguiendo esta línea la Fiscalía expresó en la solicitud de arresto contra Al Bashir que las deliberaciones previas a la adopción de la Convención “concluded that ‘[m]ass displacements of populations from one region to another [...] do not constitute genocide [...] unless the operation were attended by such circumstances as to lead to the death of the whole or part of the displaced population. If for example, people were driven from their homes and forced to travel long distances in a country where they were exposed to starvation, thirst, hunger, cold and epidemics’”³²⁴. De esta manera se alejó de la citada referencia a la expulsión sistemática del hogar recogida en el pie de página del cuarto elemento de este acto de genocidio que Kress describe como “ill-conceived reference to the ‘systematic expulsion from homes’”³²⁵ y basó sus alegaciones de genocidio en el desplazamiento sistemático de éstos a terrenos inhóspitos en los que algunos morirían a causa de la sed, del hambre o de enfermedades, así como de la falta de asistencia médica y humanitaria necesarias para mantener a los residentes de los campos con vida³²⁶. Sin embargo, los jueces, en lugar de estudiar la lectura de la Fiscalía, relacionaron de manera confusa su solicitud de arresto y la decisión judicial anterior en relación a las condiciones de vida en los campos para desplazados internos:

“The Chamber is of the view that the acts of contamination of the wells and water pumps and the forcible transfer of hundreds of thousands of civilians belonging primarily to the Fur, Masalit and Zaghawa groups coupled with the resettlement in those villages and lands they had left by members of other tribes allied with the GoS shall be analysed against the backdrop of the Chamber's previous findings that (i) thousands of civilians belonging primarily to the Fur, Masalit and Zaghawa groups were subjected, throughout Darfur region, to acts of murder by GoS forces, and over a thousand civilians belonging primarily to the Fur, Masalit and Zaghawa groups were killed in connection with the attack on the town of Kailek on or around 9 March 2004 by GoS forces, and (ii) civilians belonging to the aforementioned groups were subjected to acts of torture by the GoS forces.

For these reasons, even though the assessment of the Majority in the First Decision in relation to the conditions within the IDP Camps in Darfur differs in part from what was described by the Prosecution and alleged under count 3, the Chamber considers that one of the reasonable conclusions that can be drawn is that the acts of contamination of water pumps and forcible transfer coupled by resettlement by members of other tribes, were committed in furtherance of the genocidal policy, and that the conditions of life inflicted on the Fur, Masalit and Zaghawa groups were calculated to bring about the physical destruction of a part of those ethnic groups.”³²⁷

Valga apuntar que en la decisión anterior, la mayoría observó que para demostrar la existencia de una intención genocida por parte del gobierno sudanés la Fiscalía se basaba en lo que consideraba un componente clave de la supuesta campaña genocida gubernamental: el sometimiento de una parte sustancial de miembros de las etnias Fur, Masalit y Zaghawa a

³²⁴ *Situation in Darfur*, “Public Redacted Version of the Prosecutor’s Application under Article 58”, PTC I, 14-07-08, § 173.

³²⁵ KRESS, Clau, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, p. 688.

³²⁶ *Ibid.*, § 172.

³²⁷ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, PTC I, 12-07-10, §§ 37-38.

condiciones de vida insostenibles en los campos para desplazados internos ubicados en el país. El material probatorio presentado por la Fiscalía en cambio no fue suficiente para convencer a la mayoría de la intención genocida del gobierno sudanés. Sin embargo, como expone Kress, si el sometimiento de una parte sustancial de la población civil de los Fur, Masalit y Zaghawa a condiciones de vida insostenibles en los campos para desplazados internos es un componente clave de la supuesta campaña genocida contra estos grupos, el establecimiento de la imposición intencionada de esas condiciones de vida dirigidas a lograr su destrucción física dependerá necesariamente de que exista dicha campaña³²⁸. En otras palabras, contrariamente a lo que sugiere la SCP I en la decisión de 2010, el traslado forzoso o la contaminación de las bombas de agua debe analizarse en el contexto de la campaña genocida de la cual dependerá la imposición de esas condiciones de vida, y no en el contexto de las matanzas y torturas infligidas a otros miembros del grupo.

4.4. Las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo

Estos actos de genocidio aún no han sido desarrollados por la CPI ya que no se incluyeron en el acta de acusación contra Al Bashir. En relación con el primero, los Elementos de los Crímenes no aportan ninguna aclaración respecto al acto, pues ni siquiera concreta las medidas a las que se refiere el art. 6(d) del ER. Éstas han sido extraídas tanto de los trabajos preparatorios de la Convención sobre el Genocidio como de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Los primeros, inspirados en la práctica de la esterilización forzada llevada a cabo por el régimen nazi antes y durante la Segunda Guerra Mundial³²⁹, indican que las medidas podrían incluir la esterilización, el aborto obligatorio, la segregación entre los sexos y la prohibición de los matrimonios³³⁰. En el caso *Akayesu* el TIPR señaló, por un lado, que estas medidas incluyen la mutilación sexual, la esterilización, el control de natalidad forzado, la segregación entre los sexos y la prohibición del matrimonio. Por otro lado, expuso que la violación puede ser utilizada como medio para evitar nacimientos en el grupo, bien mediante la fecundación forzada de una mujer perteneciente al grupo protegido por un hombre de otro grupo en sociedades patriarcales en las que la afiliación a un grupo la determina la identidad

³²⁸ KRESS, Claus, “The ICC’s first...”, *op. cit.*, pp. 689-690.

³²⁹ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 217.

³³⁰ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 140.

del padre, o bien si el trauma causado a la víctima da como resultado que ésta se niegue a procrear³³¹. Se trata por tanto de medidas tanto físicas como psicológicas³³². La CIJ por su parte, en el reciente asunto *Croacia c. Serbia* se apoyó en lo dispuesto por el TIPR y señaló que la violación y otros actos de violencia sexual pueden constituir este acto de genocidio cuando las circunstancias de su comisión y sus consecuencias son tales que la capacidad de los miembros del grupo para procrear se ve afectada. Asimismo apuntó que, al determinar si los actos en cuestión son capaces de constituir el *actus reus* del genocidio en el sentido del art. 2(d) de la Convención, debe analizarse la naturaleza sistemática los mismos³³³.

El traslado por la fuerza de niños previsto en el art. 6(e) del ER es controvertido en cuanto al bien jurídico protegido mediante la disposición, ya que se considera que limita con el concepto de ‘genocidio cultural’³³⁴. De hecho, esta conducta se ha señalado como la única forma de genocidio cultural prevista en la Convención y por extensión en el ER³³⁵ y como el compromiso alcanzado en las negociaciones de la Convención a cambio de la exclusión del genocidio cultural de forma explícita, aunque se considere que ambos conceptos estén muy próximos³³⁶. El ER y los Elementos requieren que el acto de traslado permanente se cometa con la intención de destruir total o parcialmente al grupo en cuestión. Esta conducta puede desencadenar dicha destrucción mediante la ruptura de los vínculos que unen a las generaciones más jóvenes con el grupo de origen³³⁷. En efecto, al trasladar forzosamente a los niños de un grupo a otro, éstos crecen alejados de su identidad cultural, de forma que la lengua, tradiciones, y cultura de origen se vuelven ajenas para ellos, poniendo en peligro la existencia social del grupo³³⁸.

En este sentido, la CIJ ha afirmado que la realización de esta conducta pone en peligro la existencia biológica del grupo al entender que los niños afectados no se reproducirán entre ellos, lo que se traduciría en la incapacidad del grupo de perpetuarse y asegurar su

³³¹ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment 02-09-98, §s 507-508.

³³² *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Judgment, 06-12-99, § 53; *Tolimir*, IT-05-88/2-T, Judgment, 12-12-12, § 743.

³³³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Croatia v. Serbia*), Judgment, 03-02-15, § 166.

³³⁴ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola et al., *International Criminal Law*, op. cit., p. 116.

³³⁵ GUILFOYLE, Douglas, op. cit., p. 278.

³³⁶ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan et al., op. cit., p. 218.

³³⁷ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola et al., op. cit., p. 117.

³³⁸ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, op. cit., p. 307.

supervivencia a largo plazo³³⁹. El TIPR manifestó que el objetivo de la disposición no es sólo sancionar el acto directo del traslado forzado físico, sino también los actos de amenazas o traumas que pudieran resultar en el traslado forzado³⁴⁰. Un elemento esencial de la conducta penal es precisamente la separación de éstos de sus grupos, ya sea llevándolos a otro grupo o simplemente separándolos del suyo propio. De acuerdo con los Elementos, son niños los miembros de un grupo menores de 18 años. El traslado debe realizarse por la fuerza, expresión que en virtud de ese texto “no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción”³⁴¹.

³³⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 03-02-15, § 136.

³⁴⁰ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment 02-09-98, § 508; *Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Judgment, 21-05-99, § 118.

³⁴¹ EC, art. 6(e), nota al pie 5.

CAPÍTULO III.

LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA

Sección 1ª Introducción

Los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra constituyen, junto al genocidio, la piedra angular de la competencia de la CPI en la actualidad, al margen de que en Kampala se definiera el crimen de agresión y que, pese a su indiscutible relevancia en el Derecho Internacional Penal, no analizamos en la presente Tesis por la ausencia de práctica hasta el momento. Desde que la CPI comenzara a funcionar, el desarrollo de estos tipos penales ha sido muy notable, no sólo porque la práctica ha permitido a la CPI interpretar y aplicar varios de los actos prohibidos previstos en las disposiciones que los recogen, sino porque además, esta labor ha incluido todo un avance en la apreciación y análisis de los elementos contextuales aplicables a cada una de las categorías.

En este sentido, los crímenes contra la humanidad, tal y como se recogen en el art. 7 del ER, suponen una novedad con respecto a la jurisprudencia internacional previa, ya que por primera vez se introduce en este tratado una serie de factores de necesario cumplimiento para la constitución de los mismos. Como es sabido, si bien el nexa con un conflicto armado ha dejado de ser aplicable con respecto a esta categoría de crímenes pudiendo así ser juzgados en tiempos de paz, la inclusión de nuevos elementos como el de la ‘política de un Estado u organización de atacar una población civil’ han dado lugar a una actividad muy relevante en la jurisprudencia de la CPI por tratarse de factores carentes de interpretación y aplicación anteriores. El Estatuto del TIPR ya preveía que los crímenes contra la humanidad deben cometerse en el contexto de un ataque masivo o sistemático pero no establecía ningún otro requisito contextual necesario para la constitución de un crimen contra la humanidad. De esta manera, la CPI, aunque apoyada en gran medida en la práctica de los tribunales *ad hoc*, ha tenido que interpretar y aplicar todos y cada uno de los elementos exigidos en el ER, dando lugar a una progresiva precisión de los mismos mediante decisiones que han ido dotando de criterios unificados la interpretación de los elementos contextuales de los crímenes contra la humanidad y consolidando sus características.

En relación a los crímenes de guerra el ER no introduce grandes novedades con respecto al derecho convencional existente y a lo dispuesto en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, de manera que la práctica de la CPI en este sentido no ha generado tanto debate ni líneas jurisprudenciales diversas como ha sido el caso de la categoría anterior. Sin embargo, considerando que el ER ubica en pie de igualdad los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y los cometidos en conflictos armados no internacionales, el desarrollo de los elementos contextuales realizado hasta la actualidad resulta esencial para la práctica futura, al menos mientras la distinción de ambas categorías de conflicto se mantengan vivas en el texto del tratado. Como novedad destaca la inclusión de un umbral en el ER para el ejercicio de la competencia de la CPI sobre crímenes de guerra, aunque su relevancia hasta el momento no pueda considerarse muy significativa en términos prácticos. Asimismo, a pesar de que la preeminencia de los conflictos armados internos es evidente a juzgar por las investigaciones y casos iniciados por la CPI, situaciones en las que, con la excepción de Kenia, la existencia de un conflicto armado ha sido fácilmente constatable, la posibilidad de que la CPI lidie próximamente con un conflicto armado de carácter internacional refleja la relevancia que por el momento guarda la categorización de ambos conflictos en el marco del ER, cuyo análisis jurisprudencial revela la importancia del legado de los tribunales *ad hoc* sobre esta cuestión.

Junto con estas consideraciones relativas a los elementos contextuales de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, el desarrollo sustantivo de las conductas que componen estas categorías de crímenes ha sido paralelo y resultan especialmente relevantes los avances logrados en relación a los crímenes de índole sexual, que bien sancionados como crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, suponen sin duda un gran paso en la lucha contra la impunidad de esta violencia que a menudo ha quedado relegada a un segundo plano en la justicia internacional penal y que por compromiso personal siendo mujer y jurista y ésta una tesis *ius* internacional publicista, hemos considerado oportuno abordar. En este sentido, la aplicación del tipo penal de violación en la CPI supone un desvío con respecto a la jurisprudencia internacional previa, ofreciendo una línea interpretativa y una aplicación del crimen más adecuada y garantista desde la perspectiva de la víctima. Igualmente, la primera aproximación de la CPI al crimen contra la humanidad de matrimonio forzado refleja la voluntad de este tribunal de contribuir progresivamente a visibilizar las conductas carentes de un tipo penal específico pero no por ello menos relevantes en vista de esta creciente práctica,

especialmente en contextos de conflictos armados internos. En esta línea, el primer pronunciamiento judicial sobre el crimen de embarazo forzado se presenta como un paso emblemático en la sanción de crímenes sexuales y de género, puesto que el ER es el primer instrumento convencional que criminaliza de forma específica este crimen y la CPI por tanto el primer tribunal internacional penal en aplicarlo. La sanción de crímenes de índole sexual cometidos contra niñas soldado que se abordará al final del presente capítulo aporta igualmente relevantes novedades en la aplicación de este tipo de crímenes de guerra.

Sección 2ª. El desarrollo jurisprudencial de los elementos contextuales de los crímenes contra la humanidad

A pesar de que la terminología jurídica internacional incorporó los crímenes contra la humanidad a raíz de las atrocidades cometidas por el Imperio otomano contra la población armenia, calificada en 1915 por Francia, Reino Unido y Rusia como crímenes contra la humanidad y la civilización,³⁴² su enjuiciamiento como tal no tuvo lugar hasta la celebración de los juicios en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial, donde los redactores de la Carta del tribunal se vieron enfrentados a la cuestión de cómo responder al Holocausto y a los crímenes masivos cometidos por el régimen Nazi. La definición clásica de los crímenes de guerra no incluía los crímenes cometidos por un gobierno contra su población, de ahí que, a propuesta del fiscal Jackson, las atrocidades, persecuciones y deportaciones a la población civil se incluyeran en el art. 6 de la Carta del tribunal bajo la denominación de ‘crímenes contra la humanidad’³⁴³. Su punibilidad conforme al Derecho Internacional consuetudinario, al igual que los principios de Núremberg en general, fue reconocida y confirmada en muchas ocasiones, comenzando con su inclusión en el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en 1954 y manteniéndola en todos los proyectos subsiguientes de la CDI³⁴⁴, a pesar de que en 1991 ésta abandonara esa denominación y la sustituyera por ‘violaciones masivas o sistemáticas de

³⁴² SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary...* op. cit., p. 147; GUILFOYLE, Douglas, op. cit. p. 237; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan et al., op. cit., pp. 229-230.

³⁴³ *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, 1945. Art. 6: “(c) Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.”

³⁴⁴ WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional...* op. cit., p. 352.

derechos humanos³⁴⁵. La propuesta formulada al año siguiente por el Grupo de Trabajo encabezado por el Relator Especial Doudou Thiam sobre la creación de un tribunal penal internacional que abordase diferentes categorías de crímenes incluía las violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos, pero excluía los crímenes contra la humanidad de la competencia material de la institución propuesta por entender que su jurisdicción únicamente debía basarse en disposiciones convencionales que estuvieran en vigor entonces.

Sin embargo, en opinión del Grupo de Trabajo de 1993, dado su desarrollo del Derecho Internacional, en referencia al reconocimiento de esta categoría en el Estatuto del TIPY adoptado ese mismo año, resultaba inasumible abordar la creación de un tribunal penal internacional que no incluyera estos crímenes. Así, en el proyecto de 1994 la categoría de crímenes contra la humanidad se incluyó en la enumeración de los crímenes de la competencia del futuro tribunal, haciendo referencia tanto al art. 6 de la Carta del Tribunal Internacional Militar de Núremberg como al art. 5 del Estatuto del TIPY, pues según la CDI, estas disposiciones cubrían el mismo ámbito que lo previsto en el texto del proyecto de crímenes de 1991 titulado ‘violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos’³⁴⁶. No obstante, durante la fase de redacción del proyecto del ER, el foco de atención pasó del debate sobre la inclusión de esta categoría en el ámbito competencial del tribunal —ya ampliamente aceptado— a su definición, pues, a diferencia de lo que sucedía con el crimen de genocidio, que contaba desde 1948 con un tratado internacional cuyo contenido iba a ser reproducido, la ausencia de un instrumento similar en el caso de los crímenes contra la humanidad suscitaba muchas dudas respecto a su contenido.

Así, durante la elaboración del art. 7 del ER comenzaron a emerger las interpretaciones innovadoras que estaban realizando los tribunales *ad hoc* y esto obligó a los redactores a elaborar una nueva definición basándose en el Derecho Internacional consuetudinario como referente, aunque desviándose ocasionalmente de éste, de manera que, como expone Schabas, “defining crimes against humanity was as much an exercise in progressive development of international law as it was of codification. There was strong support for the idea of detailed and precise definition”³⁴⁷. Si bien los Estatutos del TIPY y del TIPR contribuyeron a reforzar el carácter consuetudinario de la criminalización de estos crímenes, el contenido acordado en

³⁴⁵ *Yearbook of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add. 1 (Part 2), pp. 103-104.

³⁴⁶ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 149.

³⁴⁷ *Ibid.*

cada instrumento difería en algunas cuestiones, aunque las divergencias responden al estrecho vínculo que guarda cada texto con el contexto en el que iba a ser aplicado³⁴⁸. Así, mientras que el art. 5 del Estatuto del TIPY disponía que el tribunal tendría competencia para enjuiciar a los responsables de los crímenes de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelación, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos cuando éstos fueran cometidos en un conflicto armado de carácter internacional o interno dirigido contra la población civil, el Estatuto del TPIR recogía los mismos crímenes, aunque en lugar de hacer mención a un contexto de conflicto armado señalaba que éstos deben cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos.

En relación al nexo con el conflicto armado que sólo exige el primero, tanto el propio tribunal a través de su jurisprudencia³⁴⁹, como el extenso debate doctrinal sobre la cuestión³⁵⁰, han puesto de manifiesto que esa inclusión sólo venía a destacar su conexión espacio-temporal con la guerra de Yugoslavia debido a que el país estaba sumido en un conflicto armado cuando se constituyó el tribunal, sin pretender por tanto hacer de este requisito un elemento de los crímenes contra la humanidad. Puede afirmarse sin ningún género de duda que actualmente la idea de que dicho nexo ha desaparecido está consagrada, por lo que estos crímenes pueden cometerse tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, como lo demuestra el hecho de que no haya vuelto a recogerse tal referencia en las definiciones subsiguientes. Respecto al Estatuto del TPIR, de la introducción de los conceptos de ‘ataques generalizados o sistemáticos contra cualquier población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos, tampoco cabe extraerse un elemento restrictivo del tipo, sino que debe entenderse como una limitación a la competencia concreta que se le otorgó a este tribunal por razón del contexto específico en el que se cometieron los crímenes³⁵¹.

³⁴⁸ WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional... op. cit.*, p. 353.

³⁴⁹ El TIPY dejó claro en el asunto *Tadić* que el requisito del nexo con el conflicto armado era una desviación del derecho internacional consuetudinario. Véanse *Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and judgment, 07-05-97, § 627; *Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15-07-99, §§ 282-288.

³⁵⁰ ORENTLICHER, Diane, “Settling Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime” en *Yale Law Journal*, vol. 100, n° 8, 1991, pp. 2588-2590; VAN SCHAACK, Beth, “The Definition of Crimes Against Humanity: resolving the Incoherence” en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, pp. 787-850.

³⁵¹ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 234.

Tal y como ha demostrado su jurisprudencia con esta categoría como eje de sus enjuiciamientos, desde la puesta en marcha de estos tribunales los crímenes contra la humanidad integran parte del núcleo del Derecho Internacional Penal. Teniendo en consideración estos antecedentes y la vaguedad de los conceptos existentes entonces, la definición final de los crímenes contra la humanidad quedó recogida por primera vez en el art. 7 del ER³⁵², definición que se acompaña de lo dispuesto en los Elementos de los Crímenes al respecto. A diferencia de lo que sucedió con el genocidio, en Roma se decidió establecer un contexto en el propio tipo penal, eliminando la referencia al nexo con el conflicto armado y al requisito de motivos discriminatorios para su comisión y disponiendo, en cambio, que los actos sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

De esta manera, actualmente el Derecho Internacional Penal requiere un contexto general de conducta delictiva para estos crímenes, que consiste en una práctica generalizada o sistemática de ataques ilícitos contra la población civil³⁵³. En virtud del art. 7(1) del ER, “se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” y según lo dispuesto en el art. 7(2) “por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. El art. 7 del ER identifica, por tanto, como requisito de necesario cumplimiento para la

³⁵² Crímenes contra la humanidad. Art. 7 del ER:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

³⁵³ CASESSE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *op. cit.*, p. 94.

constitución de crímenes contra la humanidad, los siguientes elementos contextuales que resultan de la combinación de los arts. 7(1) y 7(2) del ER: a) un ataque dirigido contra una población civil; b) de conformidad con la política de Estado o de una organización; c) un ataque de carácter generalizado o sistemático; d) existencia de un nexo entre el acto individual y el ataque; y e) el conocimiento del ataque por parte del autor.

Como se observa del texto del tratado, al carácter del ataque se le aplica un test disyuntivo, de manera que la Fiscalía únicamente debe probar que se cumple uno de los umbrales, es decir, que el ataque sea de carácter generalizado o sistemático. No obstante, antes de calificarlo debe probarse su existencia, lo que requiere determinar la comisión múltiple de actos prohibidos de conformidad con una política de Estado o de una organización contra una población civil. De todos los elementos que componen el contexto necesario para la comisión de crímenes contra la humanidad el relativo a la política es el más complejo de concretar, siendo su contenido todavía discutido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Como ya hemos adelantado, parte del problema lo genera la ausencia de un tratado internacional que aborde los crímenes contra la humanidad de manera específica³⁵⁴, de forma que pese a su protagonismo en la justicia internacional, han venido desarrollándose y empleándose diferentes definiciones del crimen y de sus elementos contextuales tanto en la práctica internacional como en la nacional³⁵⁵. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que son precisamente los elementos contextuales los que dotan a los actos del carácter de crimen internacional, excluyendo así los delitos comunes aleatorios e inconexos cometidos por individuos que actúen por iniciativa propia. En este sentido, como señala Robertson, “[t]he acts themselves are for the most part crimes which cause great and unnecessary suffering (...). What gives them their abhorrent quality is that they are committed deliberately ‘as part of a widespread or systematic attack [a course of conduct involving multiple acts] directed against any civilian population...pursuant to or in furtherance of State or organizational policy to

³⁵⁴ SADAT, Leila N. (Ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011. Sin embargo, como se ha expuesto en el primer capítulo de esta tesis, la CDI está trabajando en la elaboración de un tratado internacional sobre crímenes contra la humanidad. Por el momento son dos los informes elaborados, donde se contempla trasladar al convenio la misma definición recogida en el art. 7 del ER.

³⁵⁵ JALLOH, Charles Chernor, “What makes a crime against humanity a crime against humanity” en *American International Law Review*, vol. 28, nº 1, 2013, pp. 383-384. Este autor sostiene que un problema añadido a la ausencia de un convenio es la falta de consenso respecto a lo que hace que un crimen contra la humanidad sea un crimen contra la humanidad en lugar de un delito común bajo el derecho nacional.

commit such an attack.”³⁵⁶. Es evidente, por tanto, que el elemento de la política cumple una función esencial en la constitución de un crimen contra la humanidad, a pesar de la dificultad de concretar su significado y la falta de consenso sobre su alcance³⁵⁷.

Hasta la actualidad el análisis más elaborado sobre los elementos contextuales de los crímenes contra la humanidad se recoge en la sentencia del caso *Katanga*, la primera en condenar los crímenes contra la humanidad y en la que los jueces presentaron las diferentes etapas que deben considerarse en el análisis contextual de estos crímenes³⁵⁸, un análisis que ha sido aplicado posteriormente en la confirmación de cargos contra Laurent Gbagbo y en la sentencia contra Jean-Pierre Bemba³⁵⁹. Los objetivos de aplicar el art. 7 del ER mediante un razonamiento dividido en tres fases son, en primer lugar, comprender a qué elemento se encuentra normativamente vinculado cada uno de los términos y expresiones; y en segundo lugar, contextualizar el significado de cada término o expresión con el fin de hacer plenamente efectivo cada uno de los elementos de los crímenes contra la humanidad dentro del significado del art. 7 sin que ninguno sea ignorado o malinterpretado ni se vuelva ineficaz³⁶⁰. Así, en virtud de lo señalado por la CPI en la sentencia *Katanga*, la primera etapa consiste en analizar la existencia de un ataque, que según lo dispuesto en el art. 7(2) del ER supone 1) determinar la existencia de una operación o línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el art. 7(1) y que haya sido lanzada contra una población civil; y 2) demostrar que esa operación o línea de conducta se produce en cumplimiento o promoción de una política estatal o de una organización. A la segunda le corresponde resolver si el ataque, cuya existencia se ha establecido previamente, es de carácter generalizado o sistemático. A estos efectos, por ataque generalizado debe entenderse aquél cometido a gran escala, mientras que por ataque sistemático debe entenderse aquél que refleja cierta organización en los actos cometidos. La tercera y última fase tiene como objeto

³⁵⁶ ROBERTSON, Geoffrey, *Crimes Against Humanity. The Struggle for Global Justice*, Penguin, 4th ed., London, 2012, p. 513.

³⁵⁷ DeGUZMAN, Margaret, “Crimes Against Humanity” en William A. Schabas, Nadia Bernaz (Eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Oxon, 2011, p. 121; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 229.

³⁵⁸ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, §§. 1094-1125.

³⁵⁹ *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo”, PTC I, 12-06-14; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 154.

³⁶⁰ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, §§. 1094-1100.

determinar el nexo exigido entre el ataque generalizado o sistemático y el acto material por un lado, y el conocimiento de ese nexo por parte del autor, por otro.

2.1. Operación o línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos contra una población civil

Determinar la existencia de un ataque depende de que pueda establecerse una operación o línea de conducta que resulte en la comisión múltiple de actos recogidos en el art. 7(1) del ER³⁶¹, lo que requiere al menos una escala mínima. Sin embargo, al mismo tiempo esto podría interpretarse como una contradicción con el test disyuntivo que sólo exige que el ataque sea generalizado o sistemático. Con el fin de evitar ese conflicto entre los arts. 7(1) y 7(2) del ER, el término ‘múltiple’ debe implicar un umbral significativamente más bajo que el término ‘generalizado’, ya que de lo contrario, en efecto, el carácter disyuntivo del test carecería de sentido³⁶². Por ‘comisión múltiple de actos’ la CPI ha entendido la comisión de algo más que unos pocos actos recogidos en el art. 7(1) del ER³⁶³. Aunque el concepto ‘operación o línea de conducta’ fue expresamente extraído del caso *Tadić*³⁶⁴—donde se introdujo la expresión en contraposición a un acto en particular³⁶⁵—, éste no implica que deba darse una escala concreta más allá de este umbral. La jurisprudencia previa del TIPY ha definido un ‘ataque’ como una línea de conducta que comprende la comisión de actos de violencia, sin ningún requisito de escala adicional más que el de la pluralidad de actos³⁶⁶. La CPI, por su parte, ha dispuesto que “besides the commission of the acts, no additional requirement for the existence of an ‘attack’

³⁶¹ Elementos de los Crímenes, art. 7.

Apartado 3. “por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la ‘política de cometer dicho ataque’ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.”

³⁶² *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1101.

³⁶³ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 81; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 150.

³⁶⁴ HEBEL, Herman von, ROBINSON, Darryl, “Crimes Within the Jurisdiction of the Court” en Roy S. Lee (Ed.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer, The Hague, 1999, pp. 95-97.

³⁶⁵ *Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 07-05-97, § 644.

³⁶⁶ *Kunarac et al.*, T-96-23-T&IT-96-23/1-T, Judgment, 22-02-01, § 415 ; *Krnjelac*, IT-97-25-T, Judgment, 15-03-02, § 54 ; *Brđanin*, IT-99-36-T, Judgment, 01-09-04, § 131; *Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Judgment, 17-01-05, § 543; *Lukić*, IT-98-32/1-T, Judgment, 20-07-09, § 873; *Perišić*, IT-04-81-T, Judgment, 06-09-11, § 82.

should be proven”³⁶⁷. Por lo tanto, debe de haber al menos actos múltiples o víctimas múltiples para poder constatar la existencia de un ‘ataque dirigido contra la población civil’, actos que pueden obedecer tanto al mismo como a diferentes tipos penales, es decir, puede tratarse de varios asesinatos o de asesinatos, torturas y violaciones, pues todos ellos conjuntamente formarían un ataque. Asimismo, los Elementos de los Crímenes disponen que “no es necesario que los actos constituyan un ataque militar”, lo que implica que un ataque puede incluir cualquier tipo de violencia³⁶⁸.

Ahora bien, el requisito de ‘actos múltiples’ se aplica al ataque en sí y no al acusado, es decir, sirve para determinar la existencia de un ataque, contexto en el cual el individuo participa a través de sus actos individuales. De esta manera bastaría con que éste cometiera un único acto enumerado en el art. 7(1) dentro de dicho contexto para poder ser enjuiciado por crímenes contra la humanidad³⁶⁹. En la sentencia contra Katanga, los jueces aclararon que la prueba para determinar la existencia de un ataque no debe confundirse con lo que se exige para probar su carácter generalizado, pues de lo contrario se privaría de sentido al test disyuntivo correspondiente a la calificación del mismo. Así, en esta primera etapa, sólo debe probarse la comisión múltiple de actos prohibidos en el art. 7(1) del ER, algo que podría satisfacer un solo suceso cuyos resultados sean de una magnitud considerable³⁷⁰.

Estos actos múltiples deben ser lanzados contra una población civil, criterio que engloba necesariamente un grupo de personas y que por tanto subraya la naturaleza colectiva del crimen. Así, la CPI hace suyas las definiciones de “civil” y de “población civil” recogidas en el art. 50 del Protocolo Adicional I y señala que la primera denota crímenes dirigidos contra no combatientes, mientras que el concepto de ‘población’ implica el resultado de un plural de víctimas, dejando los actos aislados e individuales fuera del ámbito de aplicación del concepto de crimen contra la humanidad³⁷¹. No obstante, sobre este punto la CPI ha mostrado una línea

³⁶⁷ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 75.

³⁶⁸ Elementos de los Crímenes, art. 7, párrafo introductorio tercero; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1101.

³⁶⁹ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 236.

³⁷⁰ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1101; *Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Judgment, 17-01-05, § 545: ‘A crime may be widespread by the ‘cumulative effect of a series of inhumane acts or the singular effect of an inhumane act of extraordinary magnitude’.

³⁷¹ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, §§ 1102-1104.

de interpretación a nuestro juicio arriesgada. Tanto la sentencia que hemos citado como la decisión sobre la confirmación de cargos contra Gbagbo han señalado, como venían haciendo los pronunciamientos judiciales anteriores, que por población civil no debe entenderse un grupo de individuos limitado y seleccionado aleatoriamente³⁷², criterio que se encuentra en la jurisprudencia reciente del TIPY³⁷³.

Y es que no es baladí que los jueces de la CPI hicieran esa interpretación del concepto de ‘población civil’, no sólo porque el art. 7(2) del ER ya excluye por sí mismo los crímenes inconexos haciendo esa interpretación innecesaria, sino porque a nuestro entender, exigir que la población civil objeto del ataque no sea seleccionada de manera aleatoria o espontánea entraña el riesgo de abrir la puerta a consideraciones discriminatorias y de intencionalidad o propósito específicos, factores no pertenecientes a la esfera de los crímenes contra la humanidad sino a la del genocidio³⁷⁴. Salvo el acto de persecución, el resto de crímenes contra la humanidad no requiere que la población comparta determinadas características, ya que, como afirma Luban “[T]he distinguishing feature of the crime against humanity is not the actor's genocidal intent, but the organized, policy-based decision to commit the offenses. One

³⁷² *Ibid.*, §§ 1104-1105; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, §§ 76-77; *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”, PTC II, 31-03-10, § 81.

³⁷³ En el caso de este tribunal su interpretación estaba justificada porque, desde que la SA recahazara el elemento de la política en el asunto *Kunarac*, la exigencia de ese criterio le ha servido de filtro para excluir la actividad criminal común y aleatoria, paliando así precisamente la ausencia del filtro adicional que introduciría el citado elemento. Véase *Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment, 12-06-02, § 90: “It is sufficient to show that enough individuals were targeted in the course of the attack, or that they were targeted in such a way as to satisfy the Chamber that the attack was in fact directed against a civilian “population”, rather than against a limited and randomly selected number of individuals.”; *Martić*, IT-95-11-T, Judgment, 12-06-07, § 49; *Milutinović et al.*, IT-05-87-T, Judgment, 26-02-09, § 145. La jurisprudencia temprana del TIPY defendía que a pesar de que la definición de los crímenes contra la humanidad recogida en su Estatuto no hiciera ninguna referencia a la política, ésta era un elemento implícito de estos crímenes en virtud del derecho internacional consuetudinario. Así pues, empezando con *Tadić*, este tribunal determinó en 1997 que el derecho internacional general requiere que éstos sean cometidos en cumplimiento de una política, que no tiene porqué tener su origen en el Estado. Sin embargo, esta interpretación fue rechazada por la SA en el caso *Kunarac* en un análisis que concluyó que, si bien la existencia de un plan o política puede resultar una prueba relevante, no es un componente jurídico del crimen. Para un análisis exhaustivo sobre las imprecisiones de esta sentencia véase JALLOH, Charles Chernor, “What makes a crime against humanity a crime against humanity” en *American International Law Review*, vol. 28, n° 1, 2013, pp. 396-402; SCHABAS, William A., “State policy as an element of International Crimes” en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n° 3, 2008, pp. 959-964.

³⁷⁴ En este sentido, Robinson considera que en virtud del art. 7 del ER nada impide a un Estado u organización adoptar la política de atacar a la población civil aleatoriamente con el fin de infligir el máximo terror posible, sin que por ello estos hechos pierdan el estatus de crímenes contra la humanidad. Asimismo, tampoco cabría excluir de la categoría de crímenes, a su juicio, a los cárteles, grupos o mafias dedicados a la esclavitud, cuya política pudiera ser secuestrar a civiles de manera aleatoria para tal fin. Véase ROBINSON, Darryl, “Crimes against Humanity... *op. cit.*”, p. 715. No obstante, la cuestión de la caracterización de la organización forma por sí mismo otro debate al que haremos alusión a continuación.

might say that whereas the definition of genocide focuses attention on the collective character of the victim, the definition of crimes against humanity emphasizes the collective character of the perpetrator”³⁷⁵. Son la escala y la dimensión de asociación por tanto lo que caracterizan a esta categoría de crímenes, no la identidad de las víctimas ni los motivos que pueden llevar a un Estado u organización a atacar a una población civil determinada.

Afortunadamente, en la sentencia más reciente los jueces parecen alejarse de esa comprometida interpretación eliminando la referencia anterior a ‘un grupo de individuos limitado y seleccionado aleatoriamente’ y exponiendo que el requisito de dirigir el ataque contra la población civil exige simplemente que sea ésta el blanco u objetivo principal del ataque y no el incidental. Así pues, la Fiscalía sólo debe probar que los civiles fueron objeto del ataque en un número suficiente como para convencer a los jueces de que fue lanzado contra la población civil en su conjunto y no contra un número limitado de víctimas³⁷⁶. Asimismo, la CPI ha señalado que cuando el ataque se cometa en una zona donde haya tanto civiles como no-civiles, para determinar si éste se dirigía a la población civil pueden valorarse ciertos actos cometidos en el transcurso del ataque aunque no se trate de tipos contemplados en el art. 7(1) del ER, como por ejemplo el pillaje. Si se concluyera que esta conducta recae principalmente sobre los bienes de la población civil, estos hechos podrían indicar que el ataque en efecto se dirigía contra ésta³⁷⁷. Finalmente, ha subrayado que los civiles deben ser el objeto del ataque en general, lo que no implica que las víctimas individuales y directas de los actos de crímenes contra la humanidad también deban serlo, pues en atención al objeto y fin del art. 7 del ER, la noción ‘civil’ debe construirse de tal manera que no excluya a otras personas protegidas, extendiendo esta protección a quienes se encuentran *hors de combat*, esto es, a cualquier persona que se encuentre en poder de la parte adversaria, cualquiera que se encuentre en estado de indefensión por estar inconsciente, por ser náufrago o estar herido, así como cualquier persona que haya expresado su clara intención de rendirse³⁷⁸.

³⁷⁵ LUBAN, David, “A Theory of Crimes Against Humanity” en *Yale Journal of International Law*, vol. 29, n° 1, p. 98.

³⁷⁶ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 154.

³⁷⁷ *Ibid.*, § 153.

³⁷⁸ *Ibid.*, § 156, basándose, entre otros, en lo dispuesto en el caso *Sesay, Kallon and Gbao*, SCSL-04-15-T, Judgment, 02-03-09, § 82: “The Chamber is satisfied that customary international law, determined by reference to the laws of armed conflict, has established that the civilian population includes all of those persons who are not members of the armed forces or otherwise recognised as combatants. A person who is *hors de combat* does not *prima facie* fall within this definition. However, the Chamber concurs with the ICTY Appeals Chamber in the *Martić* case that where a person *hors de combat* is the victim of an act which objectively forms part of a

2.2. Operación o línea de conducta de conformidad con la política de un Estado o de una organización

Uno de los elementos más controvertido tanto en la jurisprudencia como en la doctrina hasta la actualidad es el relativo a la política de cometer el ataque que debe adoptar un Estado u organización, controversia que en gran medida deriva de las diferentes interpretaciones sobre el significado de este elemento³⁷⁹. Precisamente sobre esta cuestión se centra la jurisprudencia más relevante sobre crímenes contra la humanidad de la CPI. Y es que, como veremos, los jueces han ido desarrollando este elemento mediante cambios de criterio para su evaluación, con decisiones que muestran la confusión que ha generado la interpretación y aplicación de este elemento. Según lo dispuesto en el art. 7 y los Elementos de los Crímenes, la política debe ser promovida por un Estado o por una organización, cuestión ésta que desarrollaremos más adelante³⁸⁰. Las siguientes líneas tratarán de dar respuesta precisamente a qué es lo que conecta los actos múltiples de tal manera que éstos puedan constituir un ataque contra la población civil, cuestión que nos obliga a abordar qué se entiende por política y qué función guarda en el marco del ER como elemento constitutivo de los crímenes contra la humanidad.

2.2.1. El objeto de la inclusión de la política como elemento contextual

El art. 7 del ER recoge la primera definición internacional de los crímenes contra la humanidad que exige explícitamente la existencia de una determinada política como elemento jurídico necesario del tipo, formulación inspirada en el Proyecto de Código de Crímenes de 1996³⁸¹. Aunque las definiciones anteriores como el art. 6(c) de la Carta del Tribunal de

broader attack directed against a civilian population, this act may amount to a crime against humanity. Thus, persons *hors de combat* may form part of the civilian population for the purpose of crimes against humanity, provided that the remaining general requirements of Article 2 are satisfied in respect of the particular incident.”

³⁷⁹ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 238.

³⁸⁰ Véase el apartado 3.4. de este capítulo.

³⁸¹ *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*

Art. 18: “Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes.” En el comentario a este artículo la CDI expuso lo siguiente: “La segunda condición exige una actuación «instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo». Esa instigación o dirección necesaria puede provenir de un gobierno o de una organización o grupo. La alternativa tiene por objeto excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno o de un grupo u organización. Este tipo de conducta

Núremberg, el art. 5 del Estatuto del TIPY y el art. 3 del Estatuto del TIPR pudieron ser aplicadas sin este elemento, todos los crímenes contra la humanidad juzgados en el pasado han sido el resultado de políticas estatales criminales³⁸². En este sentido, pese a cuestionarse su naturaleza consuetudinaria tanto en la doctrina³⁸³ como en la jurisprudencia internacional³⁸⁴, determinar si, en efecto, cuenta con respaldo consuetudinario suficiente no resulta tan relevante para nuestro análisis, ya que éste fue incluido como un elemento jurídico del crimen por voluntad de los Estados parte en el ER, por lo que ha de ser considerado como componente ineludible del tipo³⁸⁵. Es más, con independencia de que el Derecho Internacional consuetudinario avale o no este elemento, sostenemos que su exigencia resulta imprescindible para dotar de sentido a esta categoría de crímenes, partiendo de la premisa de que su objetivo es excluir los patrones de delincuencia común, es decir, los actos inconexos y aleatorios llevados a cabo por individuos con planes criminales propios³⁸⁶.

Así pues, para excluir de manera efectiva los delitos comunes no es suficiente con afirmar que sólo aquellos actos que se cometan en el contexto de ataques generalizados o sistemáticos pueden constituir crímenes contra la humanidad, sino que es necesario exigir algo más. El

criminal aislada de una sola persona no constituiría un crimen contra la humanidad. Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18. La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado.” Véase *Anuario de la CDI*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), p. 52.

³⁸² WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, pp. 340-341.

³⁸³ METTRAUX, Guénaël, “The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a ‘Policy’ Element” en Leila N. Sadat (Ed.), *Forging a Convention for Crimes... op. cit.*, pp. 142-176. En contra de esta lectura y favorable al elemento, y con carácter restrictivo, véanse SCHABAS, William A., “State policy as an element of international crimes” en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n° 3, 2008, pp. 953-982; KRESS, Claus, “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: the concept of Organization within the Policy Requirement: some reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n° 4, 2010, pp. 855-873.

³⁸⁴ *Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, AC Judgment, 12-06-02.

³⁸⁵ RODENHÄUSER, Tilman, “Beyond State Crimes: Non-State Entities and Crimes against Humanity” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, n° 4, 2014, p. 924.

³⁸⁶ La idea de que los actos aislados o aleatorios no constituyen crímenes contra la humanidad es ya indiscutible en la actualidad. Véanse en este sentido algunos ejemplos, Proyecto de Códice de Crímenes, *Yearbook of International Law Commission* 1996A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), p. 47; *Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and judgment, 07-05-97, § 648: “It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian “population”, and either a finding of widespreadness, which refers to the number of victims, or systematicity, indicating that a pattern or methodical plan is evident, fulfils this requirement.”; *Kunarac et al.*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, 22-02-01, § 422; METTRAUX, Guénaël, *op. cit.*, pp. 160, 163; CASESSE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *op. cit.*, pp. 92-93: “They clearly, if implicitly, required that the offence, to constitute an attack against humanity, be of extreme gravity and not be a sporadic event but part of a pattern of misconduct. (...) criminal acts such as murder, extermination, torture, rape, political, racial or religious persecution, and other inhumane acts reach the threshold of crimes against humanity only if they are part of a practice. Isolated inhumane acts of this nature may constitute grave infringements of human rights or, depending on the circumstances, war crimes, but fall short of the stigma attaching to crimes against humanity.”

motivo es que, en ausencia de otro filtro previo, el carácter generalizado o sistemático de un ataque no logra por sí mismo impedir que se introduzcan patrones de conducta criminal común. El concepto ‘sistemático’ necesariamente requiere un grado de organización, de manera que éste sí excluye actos aislados e inconexos. Sin embargo, el término ‘generalizado’ únicamente exige una pluralidad de actos a gran escala, siendo irrelevante en este caso si tras éstos hay o no un nexo o una organización o coordinación de algún tipo. Esto implicaría que, en caso de no exigir la existencia de una política, cualquier delito grave cometido en un contexto generalizado de delincuencia común podría constituir un crimen contra la humanidad³⁸⁷.

Ahora bien, es cierto que la gran mayoría de la doctrina admite que un contexto de índice elevado de criminalidad común no presupone por sí mismo la comisión de crímenes contra la humanidad, pues no hay duda de que los crímenes inconexos no entran dentro de lo que se entiende por un ‘ataque dirigido contra la población civil’. Sin embargo, sobre la definición de ‘ataque’, tal y como se recoge en el art. 7(1) del ER, cabría preguntarse cómo deberían expresarse los requisitos que la fundamentan con el fin de que queden excluidos los actos inconexos. Ésta es precisamente la cuestión que dota de relevancia al elemento de la política, actuando como filtro jurídico indispensable frente a la comisión de delitos comunes a gran escala, o de filtro jurisdiccional obligatorio para poder dotar a la CPI de competencia material.

La idea de que los crímenes contra la humanidad no se componen de actos aislados y aleatorios cometidos por individuos, señalada tanto en el Proyecto de Código de Crímenes como en la decisión del TIPY en el caso *Tadić*³⁸⁸, muestra que su finalidad no es otra que reflejar la esencia de esta categoría de crímenes, esto es, su dimensión asociativa, excluyendo *a priori* aquellos crímenes que no respondan a una mínima conexión³⁸⁹. Así, los crímenes contra la humanidad se componen de los actos prohibidos, de la escala y de la asociación o colectividad³⁹⁰. Sin embargo, deben matizarse los dos últimos conceptos, que son los que

³⁸⁷ ROBINSON, Darryl, “Crimes against Humanity. A Better Policy on ‘Policy’” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 707. Como señala este autor, cada crimen cometido en un contexto de violencia generalizada tras la cual no haya un Estado u organización responsable de dirigir u orquestar esos crímenes, esa violencia cumpliría el carácter generalizado, por lo que aplicando el resto de elementos, se podría constituir un crimen contra la humanidad.

³⁸⁸ *Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and judgment, 07-05-97, § 653.

³⁸⁹ ROBINSON, Darryl, “Crimes against Humanity. A Better... *op. cit.*, p. 710.

³⁹⁰ Precisamente los componentes que distinguen esta categoría de crímenes de la delincuencia común. En este sentido, como expone Robertson: “What sets a crime against humanity apart both in wickedness and in the need

forman el contexto de los mismos. Por un lado, no cabe duda de que para determinar la existencia de un crimen contra la humanidad debe darse un alto grado bien de escala o bien de asociación, en referencia a los requisitos de que el ataque sea generalizado o sistemático respectivamente. Por otro lado, en cambio, como venimos exponiendo, se necesita, además, un nivel mínimo tanto de escala como de sistematicidad para poder dar por constituido un ataque contra la población civil previamente.

El motivo es que si la escala de los actos no es representativa, no puede constituir un ataque según lo dispuesto en el art. 7 del ER pese a darse un alto grado de asociación o colaboración para su comisión³⁹¹. Asimismo, si no hay una organización o coordinación tras el crimen, a pesar de que éste sea cometido a gran escala tampoco cabrá hablar de un crimen internacional, sino de actos inconexos que componen un alto índice de violencia o delincuencia común en un determinado lugar. El art. 7(2) del ER pretende evitar las consecuencias que implicaría la sola aplicación del test disyuntivo, exigiendo una escala mínima mediante el requisito de actos múltiples y una asociación o conexión mínima entre los actos criminales mediante el requisito de la existencia de la política de un Estado u organización. Se trata por tanto de construir la estructura del art. 7 del ER combinando un umbral bajo compuesto por el requisito de la multiplicidad de actos y de la política para atacar a la población civil de un lado, y un umbral elevado y disyuntivo de conformidad con el carácter generalizado o sistemático del ataque de otro.

La jurisprudencia de la CPI ha desarrollado enormemente este concepto en los últimos años mediante el empleo de diversos criterios que finalmente han desembocado en lo expuesto en la sentencia contra Katanga y en la decisión sobre la confirmación de cargos contra Gbagbo³⁹². Ni qué decir tiene que el criterio más reciente no tiene por qué ser el definitivo de cara a los futuros casos sobre crímenes contra la humanidad que se presenten

for special measures of deterrence is the simple fact that it is an act of real brutality ordained by government—or at least by an organization exercising or asserting political power. It is not the mind of the torturer, but the fact that this individual is part of the apparatus of a state, which makes the crime so horrific and locates it in a different dimension from ordinary criminality.” Véase ROBERTSON, Geoffrey, *op. cit.*, p. 518.

³⁹¹ Por ejemplo, un Estado o una organización puede planificar y llevar a cabo el asesinato de un líder político pero esto no constituye un crimen contra la humanidad porque el crimen no puede ubicarse en el contexto de un ataque contra la población civil. A pesar de su gravedad, estos hechos constituirán un delito común y una violación de derechos humanos pero no un crimen internacional.

³⁹² *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14; *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo”, PTC I, 12-06-14.

ante este tribunal, pero debido a su carácter clarificador en este sentido, partiremos de su análisis con el objeto de estudiar el desarrollo jurisprudencial experimentado.

2.2.2. La aplicación del concepto de ‘política’

Los Elementos de los Crímenes disponen que el ataque lanzado contra la población civil, entendido como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos penalizados en el art. 7(1) del ER, debe lanzarse *a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque*. Lo cierto es que nada en el ER ni en los Elementos definen ‘la política’ más allá de establecer que ésta emana de un Estado o de una organización y que tiene como fin la realización del ataque. Así, la CPI señaló que:

“In the Chamber’s view, in keeping with a plain meaning of the term placed in context, “policy”, within the meaning of article 7(2)(a) of the Statute, refers essentially to the fact that a State or organisation intends to carry out an attack against a civilian population, whether through action or deliberate failure to take action. “Policy” does not preclude a design adopted by a State or organization with regard to a certain population in a given geopolitical situation. The Chamber would emphasise, however, that the statutory framework does not require that a formal design exist, since explicitly advanced motivations are ultimately of little importance. In any event, the policy must always target a particular civilian population or a part thereof.”³⁹³

Sin embargo, en su práctica inicial destacan los casos en los que los jueces confundieron el elemento de la política con el concepto de sistematicidad, es decir, definían la política de Estado o de una organización como un plan sistemático, muy organizado y coordinado. Por ejemplo, en 2008 la SCP I determinó que el requisito de la política exige que el ataque sea exhaustivamente organizado, que siga un patrón de conducta regular y que implique el uso de recursos públicos o privados³⁹⁴. Con estas afirmaciones los jueces reflejaron una conclusión incoherente, pues al análisis de la existencia de una política le estaban aplicando el estándar

³⁹³ ICC Prosecutor v. Germain Katanga, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1108.

³⁹⁴ ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, § 396: “in the context of a widespread attack, the requirement of an organisational policy pursuant to article 7(2) (a) of the Statute ensures that the attack, even if carried out over a large geographical area or directed against a large number of victims, must still be thoroughly organised and follow a regular pattern. It must also be conducted in furtherance of a common policy involving public or private resources. Such a policy may be made either by groups of persons who govern a specific territory or by any organisation with the capability to commit a widespread or systematic attack against a civilian population. The policy need not be explicitly defined by the organisational group. Indeed, an attack which is planned, directed or organised - as opposed to spontaneous or isolated acts of violence - will satisfy this criterion.”

que empleaba el TIPR para determinar la sistematicidad del ataque³⁹⁵. Así pues, interpretar como se hizo en aquella ocasión que el art. 7 del ER exige siempre que el ataque sea exhaustivamente organizado contradice el test disyuntivo que recoge esta disposición. Esta lectura errónea fue también la seguida por los jueces en otras decisiones posteriores³⁹⁶.

Como señalan los Elementos de los Crímenes, “se entiende que la ‘política de cometer dicho ataque’ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”, de manera que este elemento necesariamente debe entrañar un umbral más bajo que el que se requiere para probar que un ataque es sistemático. Bastaría con probar que el Estado o la organización promueven o alientan un ataque. Como explica Robinson, “to conform to past authority, the structure of Article 7, and the drafting history, ‘systematic’ must be a stringent test, requiring a high degree of coordination and organizational activity, whereas ‘policy’ must be a more moderate test, satisfied by a more general link to a state or organization. That link must be demonstrated by the improbability that the crimes are coincidental unprompted acts”³⁹⁷. El elemento de la política responde así a un umbral bajo, pues su función únicamente es descartar aquellos actos de naturaleza espontánea. Se trata, como decimos, del primer filtro de deben superar los hechos antes de determinar la naturaleza generalizada o sistemática del ataque, algo que la CPI no entendió en su práctica temprana.

Por suerte, la primera línea jurisprudencial errónea en este sentido ya ha sido corregida en la sentencia Katanga, donde la SPI II señaló que el adjetivo ‘sistemático’ permite calificar la naturaleza del ataque y poner de manifiesto la existencia de un *patrón* de conductas

³⁹⁵ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment 02-09-98, § 580, ya que su Estatuto no preveía el elemento de la política.

³⁹⁶ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 81; *Situation in Kenya*, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, PTC II, 30-03-10, §§ 85-86; *Situation in 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”, PTC III, 03-10-11, § 43. Los jueces que los elementos identificados previamente por la CPI para determinar la existencia de una política eran a) la política debe ser exhaustivamente organizada y seguir un patrón regular; b) debe ser conducida en promoción de una política común que implique recursos públicos o privados; c) implementada por grupos que gobiernan un territorio específico o por una organización capaz de cometer un ataque generalizado y sistemático contra la población civil; y d) no debe estar necesariamente explícitamente definida o formalizada (de hecho, un ataque planeado, dirigido u organizado—al contrario que los actos espontáneos y aislados de violencia—satisfarán este criterio particular; *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo”, PTC III, 30-11-11, § 37.

³⁹⁷ ROBINSON, Darryl, “Crimes against Humanity... *op. cit.*”, p. 714.

repetitivas o la comisión repetida y continuada de actos violentos vinculados entre sí con el fin de establecer la existencia de un crimen contra la humanidad. En cambio, para constatar previamente la existencia de una ‘política’ únicamente debe demostrarse que el Estado o la organización tienen como objetivo cometer el ataque contra la población civil. Un análisis de la naturaleza sistemática del ataque va por lo tanto más allá de determinar la existencia de una política dirigida a eliminar, perseguir o perjudicar a una comunidad, pues implica investigar si una serie de acciones repetidas que buscan producir siempre los mismos efectos sobre una población civil se llevó a cabo de manera razonada: actos idénticos o similitudes en prácticas criminales, repetición continua de un mismo *modus operandi*, tratamiento similar dado a las víctimas o la coherencia de dicho tratamiento en una amplia zona geográfica³⁹⁸.

2.2.3. La política pasiva o de omisión

En virtud de lo expuesto anteriormente, todo parece indicar que la política requiere una actitud activa por parte del Estado o de la organización responsable del ataque contra la población civil, es decir, se le exige promover o alentar el ataque, para lo cual necesita ejercer una función mínimamente directiva u organizativa que vincule los actos múltiples entre sí. Ahora bien, aunque generalmente éste sea el escenario habitual, no puede olvidarse que los Elementos de los Crímenes también disponen que la política, excepcionalmente, puede adoptar una forma pasiva: “[E]sa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de la omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”³⁹⁹. Esta disposición presenta por tanto un escenario en el que no cabe hablar de una política activa que promueva o aliente el ataque mediante acciones o medidas concretas, sino de una política pasiva que, originada en la inacción y la tolerancia intencionadas hacia los actos múltiples dirigidos contra la población civil, alienta el ataque. La cuestión es qué tipo de ataque puede alentar una política pasiva, es decir, si ésta puede resultar tanto en un ataque generalizado como sistemático y cómo se alienta un ataque mediante la inacción. Lo cierto es que por lógica, en ausencia de una política activa por parte de un Estado o una organización no cabe hablar de

³⁹⁸ ICC Prosecutor v. Germain Katanga, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1113.

³⁹⁹ Elementos de los Crímenes, art. 7(3), nota al pie 6.

un ataque sistemático, ya que la sistematicidad exige necesariamente algún tipo de acción, de manera que una política pasiva sólo podría desembocar en un ataque generalizado.

Como ya se ha señalado, el art. 7(1) del ER contempla la posibilidad de que un ataque sea generalizado o sistemático, calificación que debe hacer una vez constatada la existencia de la política. Sin embargo, este test disyuntivo diseña el elemento de la política desde una perspectiva activa, esto es, parte de la base de que la política que promueva o aliente el ataque contra la población civil— que será de carácter generalizado o sistemático (o ambos) —, conllevará cierto tipo de acción. Sin embargo, la citada excepción que contemplan los Elementos de los Crímenes presenta un escenario donde el ataque se alienta precisamente no en ausencia de toda acción por parte del Estado u organización, sino debido a esta ausencia, lo que nos lleva a analizar cómo cabe alentar un ataque generalizado en estas circunstancias. Tal y como expresan los Elementos de los Crímenes, se trata de un escenario excepcional, y de hecho es un planteamiento que ha pasado prácticamente inadvertido en la práctica de la CPI porque en los casos en los que se ha confirmado la existencia de un ataque contra la población civil en los términos del art. 7 del ER, el tribunal ha constatado la existencia de una política activa para cometer un ataque que ha calificado de sistemático o de sistemático y generalizado. Por ahora ninguna decisión ha confirmado que los crímenes contra la humanidad se cometieran como parte de un ataque generalizado exclusivamente, y valga como ejemplo la sentencia Katanga, donde la SPI II dispuso que “from the foregoing the Chamber finds that the attack on Bogoro was systematic in nature. That being so, the disjunctive language of the Statute does not require that the Chamber also rule on the widespread nature of the attack”⁴⁰⁰.

El motivo de que este escenario al que aludimos sea residual es que la propia naturaleza de los crímenes contra la humanidad exige que su comisión, por norma general, obedezca a cierta planificación y estructura mínimas, es decir, a una política activa por parte del Estado o la organización, lo que a su vez se traduce en ataques sistemáticos o en ataques sistemáticos y

⁴⁰⁰ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1162. De hecho la SPI II hace mención a la posibilidad de que la política sea pasiva, pero no desarrolla este concepto (§ 1107). En los casos de Kenia los crímenes contra la humanidad fueron considerados generalizados y sistemáticos, véanse *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, PTC II 26-01-12, § 229; *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, PTC II, 23-01-12, § 180.

generalizados⁴⁰¹. Sin embargo, dado que el esquema de los arts. 7(1) y 7(2) del ER y los Elementos de los Crímenes no descartan el escenario que planteamos—que la política pueda ser pasiva y que un ataque pueda ser exclusivamente generalizado—, para que a efectos del art. 7 un contexto de violencia pueda ser distinguido de la delincuencia común y ser considerado un ataque generalizado debe explicarse cómo esa multiplicidad de actos criminales inconexos, que no están organizados ni planeados, puede aún así considerarse como parte de una política de cometer un ataque. La respuesta es precisamente entender que la omisión o tolerancia deliberada ante esos actos criminales conforma por sí misma una política pasiva que alienta la comisión de un ataque contra la población civil. En otras palabras, es la pasividad o inacción intencionada la que vincula los actos individuales entre sí formando un ataque generalizado y la que permite que cada uno de los actos constituya un crimen contra la humanidad cometido en el contexto de dicho ataque.

Como señalan Ambos y Wirth, esto podría darse, por ejemplo, cuando un gobierno se abstiene deliberadamente de poner freno a la actividad criminal de actores privados que asesinan a gran escala a los habitantes de un área concreta con el fin de obtener un mejor acceso a los recursos naturales de la zona. El motivo para la inacción de las autoridades podría ser que esta población civil, al mismo tiempo, se opone a sus políticas gubernamentales, de forma que le resulta beneficioso que terceras personas hagan ‘el trabajo sucio’⁴⁰². Así, en ausencia de la intervención estatal los crímenes se sucederán hasta alcanzar una escala lo suficientemente elevada para poder calificar el ataque de generalizado. No obstante, esta inacción debe ser intencionada, es decir, el Estado o la autoridad responsable de proteger a la población debe tolerar los crímenes porque de alguna manera le benefician, lo que supone excluir de este contexto los casos en los que permanece pasivo por mera negligencia o por incapacidad de hacer frente al escenario de violencia⁴⁰³. También podría darse este escenario cuando agentes estatales o miembros de una organización cometen múltiples crímenes y el

⁴⁰¹ Si puede detectarse un vínculo entre los actos individuales podrá determinarse la existencia de una política, que en la mayoría de ocasiones llevará a concluir posteriormente que el ataque es de carácter sistemático. Si a esto se le suma una escala importante, será además, generalizado. A pesar de que el test sea disyuntivo, en la práctica resulta más difícil calificar un ataque exclusivamente como generalizado precisamente porque esto implicará analizar la política pasiva.

⁴⁰² AMBOS, Kai, WIRTH, Steffen, “The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000” en *Criminal Law Forum*, vol. 13, nº 1, 2002, p. 32.

⁴⁰³ ROBINSON, Darryl, “The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do with the Definition?” en Morten Bergsmo, Song Tianying (Eds.), *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic EPublishers, FICHL 2014, Brussels, pp. 103-133; Queen's University Legal Research Paper No. 2015-013, pp. 27-30. Acceso al documento en el siguiente enlace: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531530 (última visita 18-05-17).

Estado o la organización en cuestión responsable de los mismos, teniendo el deber y la capacidad de poner freno a la situación, opta por hacerlo porque obtiene alguna ventaja política de permanecer pasivo⁴⁰⁴.

Así pues, un ataque exclusivamente generalizado debe ser aquél que carece de directrices u organización, cuya política se sustenta en la inacción, tolerancia o aprobación implícita deliberadas de quien tiene el deber de proteger y la capacidad de poner fin a esa situación. Se trata de un escenario poco improbable y complejo de abordar porque determinar que existe un ataque generalizado implica afirmar previamente la existencia de una política pasiva, lo que a su vez supone haber constatado que una multiplicidad de actos aparentemente inconexos y cometidos a escala creciente conforman un ataque en los términos del art. 7(1) del ER derivado de la inacción intencionada del Estado o la organización en cuestión. No cabe duda de que la CPI seguirá atendiendo prioritariamente aquellos escenarios en los que la política de atacar a la población civil sea fácilmente constatable precisamente por ser activa, ya provenga de Estados o grupos rebeldes mínimamente estructurados u organizaciones con la capacidad de lanzar ese tipo de ataque, casos en los que además, los patrones de conducta, planificación y coordinación resultan generalmente en un ataque sistemático así como generalizado debido al número elevado de víctimas que causan.

En definitiva, el análisis del escenario alternativo que se acaba de exponer exigiría a la CPI valorar los motivos subyacentes a la inacción deliberada para poder determinar que de la misma cabe deducir una política que relaciona entre sí los actos individuales cometidos a gran escala de forma desorganizada o inconexa. Llegado el caso, esto supondría no sólo dirimir la responsabilidad penal individual de los autores directos de los crímenes en cuestión, sino abordar indirectamente la responsabilidad del Estado en aquellos casos en los que la pasividad intencionada provenga de aquél. A continuación se analizarán los criterios desarrollados por la CPI para probar la existencia del elemento de la política (activa).

⁴⁰⁴ AMBOS, Kai, WIRTH, Steffen, *op. cit.*, p. 32.

2.2.4. La prueba de la existencia de una política

Aunque la existencia de una política para atacar a la población civil sea un requisito ineludible para la constitución de un crimen contra la humanidad, la constatación de este elemento ha sido una de las dificultades principales para la CPI en relación a la investigación y enjuiciamiento de estos crímenes. Hemos dicho que se trata de un umbral más bajo que el relativo a la sistematicidad cuya función es la de descartar los actos aislados. En consecuencia, bastaría con demostrar que es improbable que los actos no tengan vínculo alguno entre sí. Sin embargo, para la CPI no ha sido sencillo alcanzar un criterio que permita determinar su existencia mediante el análisis individualizado de este concepto. Así pues, puede observarse un desarrollo en su jurisprudencia que ha ido evolucionando desde apreciaciones estrictas y restringidas a consideraciones más flexibles y ajustadas a la naturaleza tanto del propio elemento como a la letra del ER. En este sentido resulta necesario referirnos a las decisiones de la SCP I sobre la confirmación de cargos contra Callixte Mbarushimana y Laurent Gbagbo⁴⁰⁵, relevantes por la cantidad significativa de pruebas aportadas por la Fiscalía, por las valoraciones judiciales de las mismas y en definitiva, por el enfoque rígido aplicado al elemento de la política. Cabe destacar que las dos fueron adoptadas por mayoría, lo cual indica, al menos, la existencia de un desacuerdo en el enfoque empleado en cada uno de los análisis.

En caso *Mbarushimana*, la mayoría rechazó los cargos de crímenes contra la humanidad al entender que la Fiscalía no había logrado probar la existencia de una política, a pesar de que éstos fueron sustentados con una amplia variedad de pruebas directas e indirectas sobre ataques violentos cometidos por las tropas del FDLR lideradas por Mbarushimana, que incluían asesinatos, violaciones, tortura y persecución a civiles en diferentes localidades. La prueba de la política incluía la escala y la repetición de los ataques, numerosos testimonios que atestiguaron las órdenes de atacar a la población civil o una copia de una presunta orden escrita de atacar a civiles, entre otros⁴⁰⁶. Sin embargo, nada de todo ello convenció a la mayoría sobre la existencia de una política para atacar a la población civil⁴⁰⁷. Uno de los

⁴⁰⁵ *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 16-12-11; *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute” PTC I, 03-06-13.

⁴⁰⁶ *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 16-12-11, §§ 242-267.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, §§ 265-266.

aspectos más destacables de esta decisión es la conclusión incoherente alcanzada por la mayoría, que por un lado negó que hubiera habido un ataque contra la población civil en términos de crímenes contra la humanidad, y por otro afirmó la existencia de un ataque en relación con los crímenes de guerra⁴⁰⁸. Al analizar éstos últimos, los jueces parecieron entender que sí existió una línea de conducta de actos múltiples contra la población civil, así como órdenes de llevar adelante dichos actos, y sin embargo, determinaron que no podía constatarse la existencia de crímenes contra la humanidad en términos del art. 7 del ER.

En este sentido, es reprochable el hecho de que la mayoría evaluara las pruebas de manera aislada⁴⁰⁹ y que concediera un peso desmedido a las instrucciones formales emitidas en el seno del FDLR de no cometer crímenes⁴¹⁰, puesto que pese a poder ser un indicativo de los esfuerzos diligentes de la organización, esas instrucciones no son incompatibles con una política criminal⁴¹¹. Sin embargo, la insólita reserva a admitir la existencia de una política no se debió tanto a una concepción formalista del elemento, es decir, no es que lo entendieran como algo adoptado al más alto nivel, sino que centraron el enfoque del elemento en la finalidad o propósitos del mismo. Así, la mayoría identificó diversos fines en las atrocidades cometidas por el FDLR, centrando su atención en los motivos subyacentes a las atrocidades. Determinó que tras éstas había motivos de venganza, el deseo de que mediante los ataques la población civil abandonara la zona o la creencia de que los civiles favorables al enemigo

⁴⁰⁸ *Ibid.*, §§ 144, 149, 151: “[t]he Chamber finds that the evidence provides substantial grounds to believe that the FDLR soldiers were directly ordered to take revenge on both civilians and soldiers, as the name of the operation, i.e. “eye for eye”, also suggests. The orders for the attack were clear: “everything which has breath shouldn’t be there at all.” Orders were given: “destroy everything, because everybody who was considered as [their] enemy,” as “we don’t want to hear anything, anybody there, anything in Busurungi,” and “everything that moves should be killed.” The soldiers were then expected to kill anyone they met because the enemy had not shown any pity on them. They were also ordered to destroy everything in the village, and to “annihilate the whole place [...] as a sign to [...] Congolese.” They were to set fire to the village and houses in order to force the population to flee.

In the case at hand, the evidence demonstrates that during the attack and even after the FARDC and Mai Mai were chased away, civilians were killed by being directly fired upon, cut into pieces with hooks and machetes or burnt alive inside their homes.

In light of the foregoing, the Chamber is satisfied that there are substantial grounds to believe that the attack on Busurungi and surrounding villages (...) was launched by the FDLR with the aim of targeting both military objectives (FARDC positions in the village and surroundings) and the civilian population or individual civilians not taking direct part in the hostilities”

⁴⁰⁹ *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the confirmation of charges”, Dissenting opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng, PTC I, 16-12-11.

⁴¹⁰ *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 16-12-11, §§ 248-251, 258.

⁴¹¹ ROBINSON, Darryl, “Crimes against Humanity... *op. cit.*, p. 727, en relación al caso RUF del TESL en el que los jueces declararon que las normas del RUF que prohibían la violación, el saqueo sin autorización o el asesinato eran “una mera farsa que pretendía camuflar las atrocidades planeadas”, véase *Sesay, Kallon and Gbao*, SCSL-04-15-A, Judgment, 26-10-09, § 723.

podían ser objeto de los crímenes⁴¹². Se trata del único caso en el que la CPI ha puesto su atención en los motivos subyacentes a los ataques, algo que en ningún momento han avalado ni la práctica interna ni la internacional, y por tanto contradice la línea jurisprudencial más reciente, según la cual, determinar la política únicamente exige descartar que los actos no pudieron ocurrir de forma aleatoria e inconexa, conclusión que se puede deducir del desarrollo de los hechos.

De manera muy similar, en el caso *Gbagbo* la Fiscalía también ofreció una cantidad significativa de pruebas directas—como testigos, archivos policiales, fotografías y videos—e indirectas para establecer la existencia de la política y no obstante, la mayoría solicitó pruebas adicionales sobre reuniones concretas en las que la política fue adoptada⁴¹³. Asimismo, también solicitó pruebas sobre la coordinación, la estructura y los métodos operativos del círculo cercano de las fuerzas pro-Gbagbo, así como pruebas que indicaran que los autores actuaban en cumplimiento o promoción de la política alegada⁴¹⁴. La Fiscalía recurrió esta decisión ante la SA y debido a las dudas que generó su contenido se solicitó la colaboración de varios reconocidos juristas en calidad de *Amicus Curiae* con el fin de esclarecer algunos aspectos, entre ellos, la valoración de la prueba realizada por la SCP I respecto a la existencia de una política⁴¹⁵. Las conclusiones expuestas por estos juristas fue que: 1) no deben exigirse pruebas directas de la adopción de la política⁴¹⁶; 2) no es necesario que los autores individuales actuaran motivados por la política⁴¹⁷; y 3) que la política no debe probarse incidente por incidente⁴¹⁸.

En primer lugar, Robinson señala que las fechas y datos sobre reuniones concretas, trabajos internos o la transmisión de la política a las bases exigidos por parte de la mayoría de los jueces, reflejaba una concepción formalista y burocrática del elemento, quizás debido a la connotación del propio término, pero que no se ajusta al contenido del mismo. Igualmente, el *Amicus Curiae* determinó que en la mayoría de casos la existencia de una política se deduce

⁴¹² *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 16-12-11, §s 250, 251.

⁴¹³ *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute” PTC I, 03-06-13, § 44.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer”, AC, 09-10-13.

⁴¹⁶ *Ibid.*, §s 17-36.

⁴¹⁷ *Ibid.*, §s 37-39.

⁴¹⁸ *Ibid.*, §s 40-42.

de la manera en la que suceden los actos, sin que sea exigible una adopción formal de la misma, algo que avala la jurisprudencia internacional y nacional anterior⁴¹⁹. En este sentido, el TIPY afirmó estos extremos antes de que el elemento de la política fuera rechazado por la SA en el caso *Kunarac*⁴²⁰, y las respectivas jurisprudencias del TIPR⁴²¹ y del TESL⁴²² también lo han sostenido⁴²³. Además de la jurisprudencia internacional, la práctica de los tribunales internos también resulta muy útil y esclarecedora, pues éstos han reconocido igualmente que una política puede ser implícita y que puede deducirse de las circunstancias. Es el caso por ejemplo de lo dispuesto en una sentencia de los tribunales bosnios en la que los jueces aplicaron una disposición muy similar al art. 7(2) del ER en un caso sobre crímenes contra la humanidad y en la que proporcionaron una serie de factores a considerar para poder deducir la existencia de una política dirigida a cometer un ataque contra civiles⁴²⁴. Asimismo, el caso argentino sobre el juicio a las Juntas argentinas también expone que la política se deduce de los hechos, sin necesidad de demostrar su adopción formal⁴²⁵, lo mismo que determinaron los tribunales guatemaltecos en el caso *Ríos Montt*⁴²⁶.

⁴¹⁹ *Ibid.*, §s 17-21. Véase también ROBINSON, Darryl, “Crimes against Humanity... *op. cit.*, p. 717.

⁴²⁰ *Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and judgment, 07-05-97, § 653: “policy need not be formalized and can be deduced from the way in which the acts occur”. Otros casos del TIPY señalaron que la política no debe estar explícitamente formulada ni debe ser diseñada al más alto nivel, *Kupreškić* IT-95-16-T, Judgment, 14-01-00, § 551; *Kordić et al.*, IT-95-14/2-T, Judgment, 26-02-01, § 181; *Blaškić* IT-95-14-T, Judgment, 03-03-00, §s 204-205.

⁴²¹ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-98, § 580; *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Judgment and Sentence, 06-12-99, § 69; *Musema*, ICTR-96-13-T, Judgment, 27-01-00, § 204.

⁴²² *Fofana and Kondewa*, SCSL-04-14-A, Judgment, 28-05-08, § 307. La SA dedujo la existencia de una política de la manera en la que ocurrieron los actos.

⁴²³ Sin embargo, tras la citada sentencia de la SA del TIPY y su influencia en la jurisprudencia posterior de estos tribunales, el estatus del elemento de la política en el derecho consuetudinario continúa siendo controvertido, razón por la cual la interpretación que se haga de éste no debe ser extensiva sino moderada, con el fin de no contribuir a la fragmentación del derecho de los crímenes contra la humanidad. *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer”, AC, 09-10-13, § 27.

⁴²⁴ *Prosecutor’s Office of Bosnia and Herzegovina v. Mitar Rašević and Savo Todović*, Court of Bosnia and Herzegovina, Case No.: X-KR/06/275, 28-02-08, p. 39: “The following factual factors are considered with regard to establishing the existence of a policy to commit an attack: concerted action by members of an organization or State; distinct but similar acts by members of an organization or State; preparatory acts prior to the commencement of the attack; prepared acts or steps undertaken during or at the conclusion of the attack; the existence of political, economic or other strategic objectives of a State or organization furthered by the attack; and in the case of omissions, knowledge of an attack or attacks and willful failure to act. Whereas each attack must be considered as widespread or systematic individually, a pattern of attacks against civilian populations, whether or not individually widespread or systematic, would, in some circumstances, be evidence of a policy to commit such attacks.”

⁴²⁵ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional”, 09-12-85, p. 125: “El sistema operativo puesto en práctica -captura, interrogatorios con tormentos, clandestinidad e ilegitimidad de la privación de libertad y en muchos casos eliminación de las víctimas -fue sustancialmente idéntico en todo el territorio de la Nación y prolongado en el tiempo. Encontrándose probado que los hechos fueron cometidos por miembros de las fuerzas

En segundo lugar, la mayoría de la SCP I solicitó pruebas que demostraran que los presuntos autores estaban actuando de conformidad con la supuesta política en relación a cada uno de los incidentes⁴²⁷. Considerando que el art. 7(2) del ER vincula la política al ataque y no a los autores en particular, este cambio de perspectiva podría implicar, aunque de forma inadvertida, la exigencia de que cada autor actúe con el objetivo de cumplir con esa política, lo que a su vez requeriría una intención especial por su parte. Sin embargo, el motivo que lleve a los autores a cometer los actos penalizados en el art. 7(1) del ER es irrelevante, pues en la mayoría de casos quienes diseñan la política no la formalizan, de manera que puede pasar inadvertida a los autores directos de los crímenes⁴²⁸.

En tercer y último lugar, los jueces solicitaron pruebas sobre la existencia de una política para cada uno de los incidentes que constituía el ataque⁴²⁹. Sin embargo, la política debe probarse en relación al ataque en su conjunto y a menudo la única manera de deducir su existencia es precisamente observando los patrones de incidentes reiterados⁴³⁰, por lo que el

armadas y de seguridad, organizadas vertical y disciplinadamente, resulta descartable la hipótesis de que pudieron haber ocurrido sin órdenes expresas de los superiores.”

⁴²⁶ Sentencia condenando al ex dictador Ríos Montt por genocidio, C-01076-2011-00015 0F.2º. Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, 10-05-13: “A los Juzgadores nos parece importante resaltar que en su actuación el Ejército, perpetró esas masacres, haciendo uso de un mismo patrón de conducta, lo cual se verifica en las acciones realizadas en cada comunidad, siendo ésta circunstancia muy importante, porque evidencia la existencia de una planificación previa y el cumplimiento de esa planificación. ¿Por qué decimos eso? Esto es importante, pues como se ha comprobado las acciones violentas realizadas en contra de los Ixiles, no fue una actividad espontánea, sino la concretización de planes previamente elaborados, que conformaban parte de la política de Estado tendiente a la eliminación de un grupo étnico determinado. Pues es evidente que los grupos militares que llegaron a cada una de las comunidades, adoptaron el mismo patrón de comportamiento, muertes violentas, incendio de viviendas, destrucción de la comunidad. Lo cual al compararlo con las directrices existentes en el Plan Victoria Ochenta y Dos, Firmeza Ochenta Tres y Plan Operación Sofía, vienen a constituirse en materialización de esos planes.” Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/montt41.html> (última visita 18-05-17).

⁴²⁷ *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute” PTC I, 03-06-13, § 44.

⁴²⁸ Los crímenes contra la humanidad nunca han exigido probar los motivos de los autores, y aunque a los acusados por este crimen sí se les exige la *mens rea*, no se requiere un motivo, una intención específica o compartir o aprobar un determinado contexto, sólo se les exige el conocimiento del ataque. *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer”, AC, 09-10-13, §§ 37-39. En este sentido, las pruebas concretas que muestren que los autores actuaron siguiendo esa política podría ser valiosa para establecer su existencia, pero en ningún caso es exigible, puesto que ésta puede deducirse de circunstancias como las expuestas anteriormente.

⁴²⁹ *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute” PTC I, 03-06-13, § 44.

⁴³⁰ *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer”, AC, 09-10-13, §§ 40-41.

enfoque jurídico correcto requiere evaluar todo el material probatorio en su totalidad para determinar si se cumplen los elementos del art. 7(2) del ER⁴³¹.

La SPI II vino a corregir todas estas cuestiones en la sentencia contra Katanga, donde señaló no sólo que ni el ER ni los Elementos de los Crímenes exigen la existencia de un proyecto formal, sino también que es inusual que el Estado o la organización que promueve el ataque contra la población civil adopte y difunda un plan o proyecto predeterminado a tales efectos. En la mayoría de los casos la existencia de esa política puede deducirse de la constatación de la repetición de actos realizados bajo la misma lógica o secuencia, de la existencia de actividades preparatorias o de la movilización colectiva orquestada y coordinada por el Estado o la organización en cuestión⁴³². Además, los jueces subrayaron que en la mayoría de situaciones susceptibles de llegar ante la CPI algunos aspectos de la política dirigida contra la población civil sólo se cristalizarán y se desarrollarán conforme los actos sean emprendidos por los autores a nivel individual. Para éstos, la política no podrá ser clara respecto a sus modalidades más que en el transcurso de su puesta en marcha e implementación, de forma que sólo será posible definirla de manera global *a posteriori*, es decir, una vez los actos hayan sido cometidos y en vista de la operación o línea de conducta global ejecutada.

De estas decisiones y cambio de perspectiva se extrae que probar la existencia de un ataque no es tan complejo como la CPI entendió en sus primeras decisiones. Los motivos que subyacen a la política no son relevantes y ésta puede deducirse de la improbabilidad de que los actos hayan sido el resultado de conductas inconexas y por lo tanto, en el caso *Gbagbo* bastaba con deducir que los crímenes alegados por la Fiscalía, cometidos por las fuerzas que apoyaban al expresidente contra los opositores, no podían haber sucedido sin ningún apoyo o estímulo estatal u organizacional de algún tipo⁴³³. No cabe duda de que las consecuencias de la decisión de la SCP I sobre *Gbagbo* son mucho más perjudiciales que aquéllas que equiparaban el elemento de la política con el carácter sistemático del ataque, ya que la

⁴³¹ *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute”, Dissenting opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi, PTC I, 03-06-13, § 47: “it is clear under article 7(2) (a) of the Statute that it is the “attack” that needs to be committed pursuant to or in furtherance to the policy, not individual “acts” and certainly not the legally inexistent “incidents”.”

⁴³² *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1109.

⁴³³ ROBINSON, Darryl, “Crimes against Humanity... *op. cit.*”, p. 724.

primera elevaba el umbral requerido para probar la existencia de una política por encima de la valoración de la sistematicidad del ataque, que como ya se ha señalado, requiere probar un alto grado de coordinación y organización.

2.3. El carácter generalizado o sistemático del ataque y el conocimiento del mismo por parte del autor

Una vez constatada la existencia de una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos de conformidad con la política de atacar a la población civil y por tanto la existencia misma del ataque contra ésta, debe analizarse su naturaleza generalizada o sistemática y probarse que el autor individual sabía que sus actos formaban parte de dicho ataque generalizado o sistemático. Como decimos, es el ataque el que debe ser de carácter generalizado o sistemático, no los actos imputados al acusado⁴³⁴, de manera que incluso un único acto de asesinato por parte de aquél podría constituir un crimen contra la humanidad siempre y cuando se cumplan también los requisitos legales del nexo y conocimiento del autor respecto al ataque⁴³⁵.

La naturaleza alternativa del test se recogió en el Estatuto del TIPR y también fue confirmada como un requisito bajo el Derecho Internacional consuetudinario en la primera sentencia dictada por el TIPY⁴³⁶. Aunque los términos ‘generalizado’ y ‘sistemático’ no se definen en el ER, la jurisprudencia de la CPI ha dispuesto que el concepto ‘generalizado’ se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque así como al número de víctimas⁴³⁷. Como señaló en el caso *Bemba*, el ataque debe ser masivo, frecuente, acometido colectivamente con una gravedad considerable y dirigido contra una multiplicidad de víctimas⁴³⁸. También lo ha

⁴³⁴ Recordemos que es el ‘ataque’ lo que debe calificarse, no cada uno de los actos individuales.

⁴³⁵ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 151.

⁴³⁶ *Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and judgment, 07-05-97, § 656.

⁴³⁷ *ICC Prosecutor v. Omar Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 81; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, §§ 394-397; *Situation in 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”, PTC III, 03-10-11, § 53; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1123; *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo”, PTC I, 12-06-14, §§ 222-225.

⁴³⁸ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 83.

descrito como ataque realizado en un área geográfica extensa y dirigido contra un gran número de civiles⁴³⁹. Asimismo, como generalizado puede entenderse el efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un solo acto de magnitudes extraordinarias⁴⁴⁰. El carácter ‘sistemático’ del ataque en cambio, como se ha expuesto anteriormente, se refiere a los actos violentos de naturaleza organizada⁴⁴¹ que manifiestan un patrón de conducta que implica una repetición no casual de actos criminales similares de manera regular⁴⁴². Igualmente, la CPI ha señalado que un ataque que se prolongue durante años y que implique actos de violencia que siguen un patrón regularmente puede ser caracterizado de sistemático⁴⁴³.

Además de caracterizar el ataque como generalizado o sistemático debe haber un nexo entre el acto prohibido en el art. 7(1) perpetrado por el individuo y el ataque⁴⁴⁴, es decir, éstos deben cometerse como parte del ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil. Para determinar tal cuestión los jueces deben analizar, teniendo en cuenta la naturaleza del acto, el fin que persigue y las consecuencias que genera, si éste forma parte de un ataque generalizado o sistemático, considerándolo en su conjunto y en relación a los varios componentes del ataque, es decir, no sólo respecto a la política, sino también respecto al patrón o el tipo de víctimas. Los actos aislados que claramente difieren en su naturaleza, finalidad y consecuencias de aquéllos que forman parte de un ataque, quedan fuera del ámbito del art. 7(1) del ER⁴⁴⁵.

Finalmente, el art. 7(1) del ER exige que el autor individual tenga conocimiento de que el acto en cuestión forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

⁴³⁹ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, § 580.

⁴⁴⁰ *Situation in 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”, PTC III, 03-10-11, § 53.

⁴⁴¹ *ICC Prosecutor v. Omar Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 81; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, §§ 394-397.

⁴⁴² *ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo”, PTC I, 12-06-14, § 223; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1123.

⁴⁴³ *ICC Prosecutor v. Omar Al Bashir*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 85.

⁴⁴⁴ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, §§ 84-86.

⁴⁴⁵ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1124.

Aunque según el Derecho Internacional consuetudinario el conocimiento del ataque sea un elemento de los crímenes contra la humanidad, esta definición es la primera en exigirlo explícitamente⁴⁴⁶. Un acusado que carezca de ese conocimiento no puede ser declarado culpable por crímenes contra la humanidad, sin perjuicio de que pueda ser juzgado por delitos comunes a nivel nacional⁴⁴⁷. Tanto el ER como los Elementos de los Crímenes exigen por tanto probar que el autor del acto participó conscientemente en el ataque, conocimiento que constituye la base de un crimen contra la humanidad ya que establece la responsabilidad del autor del acto dentro del contexto del ataque considerado en su conjunto.

Sin embargo, esa condición no implica que deba probarse que el autor conociera todas las características del ataque o los detalles precisos del plan o política del Estado u organización que promovía o alentaba el ataque. Asimismo, tampoco se exige que el autor suscribiera el diseño criminal del Estado u organización en cuestión ni la finalidad del mismo, ni tampoco que mediante su acto se propusiera formar parte del ataque contra la población civil deliberadamente, a pesar de que los Elementos de los Crímenes mencionen este escenario. Tal y como ha aclarado la CPI en la sentencia Katanga basándose en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, el móvil del autor es irrelevante para probar el conocimiento del ataque. Así pues, para calificar su acto como crimen contra la humanidad basta con constatar, teniendo en cuenta el contexto, que sabía que su acto formaba parte del ataque⁴⁴⁸.

2.4. El concepto de ‘organización’ en el art. 7(2)(a) del Estatuto de Roma

Como se ha señalado anteriormente, el art. 7(2)(a) del ER dispone que el ataque debe dirigirse de conformidad con la política de un Estado o una organización. Analizado el concepto de ‘política’ y el papel esencial que ésta desempeña como elemento contextual de los crímenes contra la humanidad, cabe preguntarse quién es el actor que debe estar detrás de

⁴⁴⁶ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 167; WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 346; *Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment, 12-06-02, §s 102,410; *Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15-07-99, § 271; *Kordić et al.*, IT-95-14/2-A, Judgment, 17-12-04, §s 99-100.

⁴⁴⁷ *Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15-07-99, § 271.

⁴⁴⁸ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1125; *Kordić et al.*, IT-95-14/2-A, Judgment, 17-12-04, § 99; *Blaškić* IT-95-14-A, Judgment, 29-07-04, § 124; *Semanza*, ICTR-97-20-T, Judgment and Sentence, 15-05-03, § 332; *Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment, 12-06-02, § 104.

la misma. Tradicionalmente los crímenes contra la humanidad se han relacionado con crímenes de Estado y durante décadas los cargos impuestos por este tipo de crímenes internacionales fueron aquéllos cometidos por el régimen nazi. Sin embargo, desde la última década del siglo XX hasta la actualidad la realidad muestra que estas atrocidades también pueden ser cometidas por entidades no estatales.

Así pues, mientras que presentar al Estado como actor capaz de promover una política dirigida a atacar a la población civil no plantea en sí un gran debate⁴⁴⁹, no ocurre lo mismo con dichas entidades, lo que lleva a preguntar cuáles son las características que deben reunir para considerarlas capaces de cometer crímenes contra la humanidad. A día de hoy no cabe duda de que una entidad o actor no estatal puede establecer una política dirigida a atacar a la población civil, generando en consecuencia un contexto de violaciones de derechos humanos a gran escala en el que, de no mediar el Estado para poner fin a las atrocidades, las víctimas quedan desamparadas.

La controversia reside, por tanto, en el término ‘organización’ y lo que debe entenderse como tal, ya que ni el ER ni los Elementos de los Crímenes ofrecen una definición del concepto. Si en el mismo se admiten los actores no estatales, cabe preguntarse si a efectos del ER es posible incluir todo tipo de actores no estatales o sólo aquéllos que cumplan ciertos requisitos. Se trata de una cuestión fundamental ya que, en función del enfoque que se adopte, variará el alcance de la competencia de la CPI y por ende su capacidad de intervención. Por el momento, su jurisprudencia es uniforme en cuanto al reconocimiento de que la política no tiene por qué derivar exclusivamente de un Estado, sino que también puede hacerlo de una entidad no estatal⁴⁵⁰. Aunque en la mayoría de casos ante la CPI las organizaciones o entidades no estatales responsables de los crímenes contra la humanidad han sido y son al mismo tiempo partes en un conflicto de carácter interno, la situación fue diferente respecto a la violencia poselectoral cometida en Kenia, pues los crímenes cometidos en ese contexto no se enmarcaban en un conflicto armado.

⁴⁴⁹ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 342: “The term ‘state’ is understood in the functional sense and, aside from the 194 states in the world, also includes stable entities that control areas de facto and exercise governmental functions there (Abkhazia, Nagorno-Karabakh, and Northern Cyprus, for instance).”

⁴⁵⁰ ICC Prosecutor v. Germain Katanga, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1117; ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, “Decision in the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, § 396; 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”, PTC II, 31-03-10, § 90.

Así, en situaciones de conflicto la cuestión sobre la ‘política de una organización’ no ha suscitado controversia, pues los jueces han entendido que una política puede elaborarla tanto un grupo de personas que gobiernan un territorio específico como cualquier organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁴⁵¹, y con la excepción de Kenia, en el resto de situaciones los grupos rebeldes se han considerado como entidades organizadas con capacidad de acción para llevar a cabo un ataque de estas características. Éste es el enfoque basado en la capacidad (*capacity-oriented approach*) y como se analizará más adelante, ha sido aplicado y desarrollado en la sentencia Katanga, la primera en condenar a un acusado por crímenes contra la humanidad. El debate en relación a la violencia poselectoral en Kenia no era que no pudieran cometerse ataques generalizados o sistemáticos, sino que en ausencia de un conflicto armado y por tanto de grupos rebeldes o de la oposición bien definidos, perfilar lo que debía entenderse por una organización a efectos de la comisión de crímenes contra la humanidad obviamente resultaba más complejo.

2.4.1. Los Estados o las organizaciones cuasiestatales como únicos actores

Fue precisamente el concepto de ‘organización’ lo que dividió a la SCP II al decidir si autorizar o no la apertura de una investigación en Kenia, donde la cuestión principal a resolver era determinar las características que los grupos no estatales deben reunir para poder ser incluidos en el art. 7(2)(a) del ER. La mayoría adoptó una interpretación muy amplia y expuso que “[w]hereas some have argued that only State-like organizations may qualify, the Chamber opines that the formal nature of a group and the level of its organization should not be the defining criterion. Instead, as others have convincingly put forward, a distinction should be drawn on whether a group has the capability to perform acts which infringe on basic human values”⁴⁵². La mayoría de la SCP II apostó así por un umbral muy bajo para la calificación de una organización a efectos del art. 7(2)(a). Dado que no cabe duda de que según lo dispuesto en esta artículo una ‘organización’ abarca una entidad no estatal, fue

⁴⁵¹ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision in the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, § 396; *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Côte d’Ivoire”, PTC III, 03-10-2011, § 99; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 81.

⁴⁵² *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”, PTC II, 31-03-10, § 90.

correcto por parte de la SCP II señalar que la naturaleza formal de la entidad en cuestión era irrelevante, pues los grupos implicados en la comisión de actos de violencia a gran escala normalmente se configuran fuera de las estructuras estatales y pueden adquirir diversas formas, más o menos organizadas⁴⁵³. La mayoría manifestó que determinar si un grupo se califica como una organización a efectos del ER debe hacerse caso por caso, aunque para ello ofreció una lista de las características que éstos deberían reunir, no a modo de criterio inamovible, sino de referencia orientativa⁴⁵⁴.

El juez Kaul, por su parte, en su opinión contraria, criticó precisamente el umbral excesivamente bajo defendido por sus compañeros con respecto a lo que debe entenderse por ‘organización’, esgrimiendo que de no especificar más el término, se corre el riesgo de que el concepto de crímenes contra la humanidad se extienda a cualquier violación de derechos humanos, por lo que advertía del deber de diferenciar adecuadamente las violaciones de derechos humanos de los crímenes internacionales⁴⁵⁵. Sin embargo, no puede olvidarse que incluso una definición amplia del concepto de ‘organización’ no eximiría a la CPI del deber de considerar el resto de elementos contextuales antes de poder constatar la comisión de crímenes contra la humanidad, es decir, que la CPI debe comprobar que la organización en cuestión es capaz de promover o alentar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, por lo que un umbral de organización bajo en sí mismo no diluiría necesariamente el concepto de crímenes contra la humanidad ni lo abriría a cualquier acto criminal o delito común⁴⁵⁶.

⁴⁵³ RODENHÄUSER, Tilman, *op. cit.*, p. 921.

⁴⁵⁴ *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”, PTC II, 31-03-10, § 93: “(...) (i) whether the group is under a responsible command, or has an established hierarchy; (ii) whether the group possesses, in fact, the means to carry out a widespread or systematic attack against a civilian population; (iii) whether the group exercises control over part of the territory of a State; (iv) whether the group has criminal activities against the civilian population as a primary purpose; (v) whether the group articulates, explicitly or implicitly, an intention to attack a civilian population; (vi) whether the group is part of a larger group, which fulfils some or all of the abovementioned criteria. It is important to clarify that, while these considerations may assist the Chamber in its determination, they do not constitute a rigid legal definition, and do not need to be exhaustively fulfilled.”

⁴⁵⁵ *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”, Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, PTC II, 31-03-10, §53.

⁴⁵⁶ RODENHÄUSER, Tilman, *op. cit.*, p. 921.

Asimismo, el juez Kaul también sugirió una serie de características para identificar a un grupo como organización con arreglo al art. 7(2)(a) del ER⁴⁵⁷, aunque admitió que en relación a los crímenes contra la humanidad el ER acomoda nuevos escenarios de amenaza que pueden quebrantar las bases de la comunidad internacional y conmocionar profundamente la conciencia de la humanidad⁴⁵⁸. Reconoce que la política puede ser adoptada e implantada por entidades privadas, aunque para ello éstas deben poseer los medios y los recursos necesarios para alcanzar la gravedad de la injusticia sistémica en la que se encuentra inmersa la población civil afectada. Entiende que, por ejemplo, en el supuesto de que sea la mafia quien comete los crímenes, aun haciéndolo a gran escala, tal escenario no merecería la intervención de la comunidad internacional a través de la CPI dado que la interpretación teleológica de los crímenes contra la humanidad, en su opinión, exige interpretar el concepto de ‘organización’ en términos de naturaleza cuasiestatal mediante una lectura más restrictiva⁴⁵⁹. La injusticia sistémica que señala el juez se referiría por tanto a la derivada del comportamiento de quienes tienen la obligación de proteger y no tanto a aquella que se origina en ataques contra la población civil a gran escala por quienes no guardan vínculos con aparatos del Estado. No obstante, a nuestro modo de ver, esa injusticia sistémica estará presente siempre que pueda determinarse la existencia de una política de atacar a la población civil y ésta se materialice en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, independientemente del carácter de la organización que la adopte. Siempre que pueda detectarse tal elemento, provenga del Estado o provenga de una organización, los actos quedan conectados y pueden constituir crímenes contra la humanidad.

Este debate jurisprudencial se hizo eco en la doctrina, donde también se constatan opiniones divergentes en relación al concepto de organización. Juristas como Schabas o Kress vienen defendiendo la postura del juez Kaul y por tanto son contrarios a una interpretación que se aleje del concepto de organización cuasiestatal. Schabas considera que el Derecho Internacional Penal sanciona ciertos actos cometidos por Estados o entidades cuasiestatales

⁴⁵⁷ *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”, Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, PTC II, 31-03-10, § 51: “(...) (a) a collectivity of persons; (b) which was established and acts for a common purpose; (c) over a prolonged period of time; (d) which is under responsible command or adopted a certain degree of hierarchical structure, including, as a minimum, some kind of of policy level; (e) with the capacity to impose the policy on its members and to sanction them; (f) which has the capacity and means available to attack any civilian population on a large scale.”

⁴⁵⁸ *Ibid.*, § 66.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

pero no los cometidos por cualquier actor no estatal cuya conducta pueda ser enjuiciada en sede nacional conforme al Derecho penal interno⁴⁶⁰. En una línea muy similar, Kress sostiene que el ámbito de protección de los crímenes contra la humanidad “now encompasses situations where a government and/or state-like organization (typically in the form of armed opposition forces) spread terror among the people under its power”⁴⁶¹, excluyendo así las que no se ajusten a los parámetros estatales, es decir, aquéllas que de alguna manera no compartan los elementos organizativos, estructurales y jerárquicos de un Estado.

En una posición contraria, Cryer, Friman, Robinson o Wilmshurst señalan que la interpretación anterior se fundamenta en la idea de que los crímenes contra la humanidad implican una violación de la responsabilidad de proteger por parte del Estado mientras que la basada en un enfoque más amplio de organización identifica los crímenes contra la humanidad con cualquier esfuerzo colectivo para cometer crímenes masivos contra la población civil. En este sentido, consideran que esta segunda postura, aparte de ser la escogida por la CPI en todas sus decisiones, también es compatible con el significado común y corriente del término ‘organización’, así como con el propósito del elemento de la política, que es excluir los actos aleatorios de individuos que actúan por iniciativa propia⁴⁶².

Werle y Jessberger comparten esta interpretación al entender que lo decisivo es el alcance y la intensidad de la violación de derechos humanos y no la forma organizativa del atacante⁴⁶³. Consideran que una interpretación del concepto de organización centrada en el modelo de Estado se basa en la idea de que el uso efectivo del poder, de la fuerza y de la autoridad requiere la existencia de unas estructuras organizativas con unos niveles claros de

⁴⁶⁰ SCHABAS, William A., *Unimaginable atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 150: “International atrocity crimes, and crimes against humanity in particular, were created so that such acts could be punished *elsewhere*, and therefore so that impunity could be addressed effectively. We do not, by and large, have the same problem of impunity with respect to ‘non-state actors’. Most states are both willing and able to prosecute the terrorist groups, rebels, mafias, motorcycle gangs, and serial killers who operate within their own borders. At best, international law is mainly of assistance here in the area of mutual legal assistance. For example, there is little real utility in defining ‘terrorism’ as an international crime, because as a general rule the states where the crimes are actually committed are willing and able to prosecute.” Véanse también SCHABAS, William A., “State Policy as an Element of International Crimes” en *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 98, nº 3, 2008, p. 974; Ídem, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2 ed., Oxford, 2016, pp. 157-164.

⁴⁶¹ KRESS, Claus, “On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: the Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, Nº 4, 2010, p. 873.

⁴⁶² CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 240.

⁴⁶³ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 344.

jerarquía y cadenas de mando. No obstante, advierten que si bien este contexto podría aplicarse a crímenes cometidos en Europa, no puede trasladarse a otros contextos políticos y culturales, siendo el caso de Kenia una clara muestra de ello, por lo que defienden un sentido más amplio de ‘organización’, que pueda no sólo abarcar organizaciones como las constituidas por fuerzas armadas rebeldes, sino también agrupaciones como organizaciones políticas⁴⁶⁴.

Si a tenor de lo expuesto anteriormente, el objeto del elemento de la política es excluir las escaladas de delincuencia en las que individuos actúan por iniciativa propia, no resulta necesario exigir un carácter concreto a la organización, pues mientras haya una entidad que dirige, instiga o promueve los crímenes de una manera mínimamente organizada, los actos aislados, inconexos o espontáneos quedan excluidos. En este sentido, Robinson entiende que si una organización prepara colectivamente o apoya la violencia contra una población civil y el daño causado permite calificar esta violencia como generalizada o sistemática, entonces no podría hablarse de delitos comunes sino de algo “more sinister, coordinated and dangerous, and warrants international concern”⁴⁶⁵. Si mediante la criminalización de los crímenes contra la humanidad se pretende hacer frente a situaciones que amenacen la paz y la seguridad internacionales y asegurar una adecuada distribución de jurisdicción y de recursos entre los Estados y la CPI, cabe defender que esos crímenes merecen un enjuiciamiento internacional cuando los sistemas internos no actúan⁴⁶⁶. Asimismo, mientras una entidad posea los rasgos institucionales suficientes como para poder ser considerada una organización, se satisface la dimensión colectiva del crimen, cumpliendo así con la estructura del art. 7 que, como se ha señalado, exige por un lado la existencia de una política y de una multiplicidad de actos, y por otro que el ataque sea generalizado o sistemático.

En este orden de cosas, el enfoque defendido por autores como Schabas o Kress podría aplicarse a aquellos escenarios en los que se da un ataque sistemático, ya que la sistematicidad requiere una planificación y organización exhaustivas, algo que se dará prácticamente siempre

⁴⁶⁴ *Ibíd.*, p. 345.

En esta línea también véase SADAT, Leila N., “Crimes Against Humanity in the Modern Age” en *American Journal of International Law*, vol. 17, nº 2, 2013, p. 377.

⁴⁶⁵ ROBINSON, Darryl, “Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC” en *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 27-09-11. Disponible en:

<http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/> (última visita 18-05-17)

⁴⁶⁶ *Ibíd.*

que el ataque lo dirija un Estado o una entidad cuasiestatal. Sin embargo, si una organización, cualquiera que sea, es capaz de promover un ataque contra la población civil y éste puede calificarse como generalizado—lo que necesariamente implica disponer de los medios y recursos necesarios—, se cumpliría igualmente lo dispuesto en el art. 7 del ER. Ciertamente, de conformidad con las normas sobre la interpretación de tratados resulta más convincente abogar por una interpretación menos restrictiva del concepto de organización al amparo del art. 7(2)(a) del ER, aquella que defiende que ésta no deba ser cuasiestatal o especialmente organizada, máxime teniendo en cuenta que no se aportan características o requisitos concretos sobre lo que debe entenderse por una organización cuasiestatal bajo el Derecho Internacional⁴⁶⁷.

2.4.2. Cualquier organización con la capacidad de cometer un ataque contra la población civil

Siguiendo la interpretación amplia del término ‘organización’, la CPI señaló en la sentencia contra Katanga que ni el ER ni los Elementos de los Crímenes ofrecen una definición del mismo, de modo que su significado ordinario y corriente es tan amplio que no permite perfilar adecuadamente los elementos que debe revestir. Por ello los jueces entendieron que su interpretación debe ajustarse al contexto y al objeto y fin del tratado, preguntándose si el hecho de que la organización esté normativamente vinculada a la existencia de un ataque en términos del art. 7(2)(a) del ER afecta a la definición de las características que debe presentar⁴⁶⁸. En este sentido, dado que el concepto de ‘organización’ está vinculado a la existencia de un ataque y no a la naturaleza generalizada o sistemática de éste, señaló que bastaría con exigir que la organización tenga los recursos, medios y capacidad suficientes para realizar una operación que implique la comisión múltiple de actos recogidos en el art. 7(2)(a) del ER, es decir, que esté dotada de un conjunto de estructuras o mecanismos lo suficientemente eficaces, cualesquiera que éstos sean, que aseguren la coordinación necesaria para promover o alentar un ataque contra una población civil⁴⁶⁹. Asimismo, la SPI II afirmó que teniendo en cuenta los contextos de guerras asimétricas

⁴⁶⁷ RODENHÄUSER, Tilman, *op. cit.*, p. 922.

⁴⁶⁸ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1119.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

actuales, de ningún modo cabe excluir que un ataque contra una población civil pueda venir de la mano de una entidad privada que reagrupe un conjunto de personas que tengan por objetivo atacar a una población civil. En definitiva, no se puede omitir del concepto a un grupo que carezca de la estructura necesaria para calificarla como cuasiestatal.

Así pues, la CPI entiende que el hecho de que el ataque deba calificarse como generalizado o sistemático no implica que la organización que mediante una política lo promueve o lo alienta deba estar estructurada de tal forma que presente las características de un Estado, sino que son las capacidades de acción y coordinación los elementos esenciales para definir una organización que, tanto en razón de los medios o recursos que posee como en razón de su afiliación, permiten que el ataque pueda llevarse a cabo⁴⁷⁰. A diferencia del proceder en el asunto de Kenia, en esta ocasión los jueces no hicieron referencia a ningún criterio abstracto en cuanto al término ‘cuasiestatal’ así como tampoco a ninguna lista de criterios sin fundamento aparente en el art. 7(2)(a) del ER para determinar lo que se entiende por organización según el tratado. Al interpretar este requisito en su contexto, la SPI II no sólo puso el acento en la capacidad del grupo en términos de medios, recursos y capacidad de coordinación, sino que señaló que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha puesto de manifiesto la evolución de la definición de los crímenes contra la humanidad—inicialmente concebidos como un instrumento para proteger al individuo de los abusos cometidos por su Estado—que actualmente permite entender que al igual que los Estados, los actores no estatales también pueden cometer crímenes contra la humanidad. Se trata de un desarrollo consuetudinario del cual, según los jueces, se hace eco el ER⁴⁷¹.

En atención al objeto y fin del tratado, éstos observan, acertadamente a nuestro modo de ver, que una concepción restrictiva del término ‘organización’ que exigiera a ésta presentar características cuasiestatales, no fomentaría el objetivo del tratado de perseguir los crímenes más graves. Ese criterio excluiría cualquier entidad que haya emprendido una operación generalizada o sistemática que desemboque en la comisión múltiple de actos bajo el art. 7(1) del ER de conformidad con su política, por el único motivo de no estar lo suficientemente jerarquizada como para ser considerada, en teoría, capaz de promover o alentar una política

⁴⁷⁰ *Ibid.*, § 1120.

⁴⁷¹ *Ibid.*, § 1121, en relación al asunto *Tadić* IT-94-1-T, Opinion and judgment, 07-05-97, § 655.

que tenga como fin atacar a una población civil⁴⁷². Así pues, dado que como se ha señalado, no es necesario que ésta se adopte formalmente sino que puede ser deducida de diferentes factores que envuelven la comisión, la capacidad exigida para su adopción tan sólo requiere un liderazgo— no necesariamente al más alto nivel organizativo— que desarrolle y promulgue unas directrices o un marco de acción que aliente y promueva activamente el ataque. No es necesario por tanto que la organización planifique exhaustivamente el ataque, basta con que tenga la capacidad suficiente, primero, de desarrollar una política dirigida a atacar a una población civil y segundo, de implementarla promoviéndola o alentándola activamente a tal fin. Aunque no se exige que sea capaz de implementarla de una manera sistemática siguiendo patrones de conducta similares, necesitará estar dotada de recursos, medios y capacidad para cometer una multiplicidad de actos.

De todo lo expuesto cabe afirmar que no hay justificación alguna para limitar el significado del concepto a las entidades cuasiestales y excluir aquéllas que no están estructuradas jerárquicamente como un Estado. Ahora bien, es cierto que la violencia desarrollada en Kenia difiere del escenario de la RDC reflejado en la sentencia Katanga o del resto de escenarios en los que, hasta el momento, la CPI ha enjuiciado a miembros de grupos armados, pues todos ellos han sido considerados grupos organizados con estructuras jerárquicas definidas y con una capacidad de acción en términos de estrategia, recursos y medios evidentes⁴⁷³. Más complejo será para la CPI aplicar este criterio a futuros casos en los que, como en Kenia, no medie un conflicto armado y las características de la organización no sean tan nítidas. En cualquier caso, lo que debe entenderse por organización, a falta de un mayor desarrollo jurisprudencial y del pronunciamiento de la SA sobre el asunto, deberá interpretarse caso por caso. Por el momento, esta interpretación deja abierta la posibilidad de incluir en la clasificación de crímenes contra la humanidad los crímenes cometidos por grupo terroristas a gran escala, como sería el caso de los crímenes del Estado Islámico, así como los cometidos por mafias o redes de crimen organizado, siempre y cuando se cumplan todos los elementos contextuales analizados, aunque la CPI deberá pronunciarse, llegado el caso, de la

⁴⁷² *Ibid.*, § 1122.

⁴⁷³ En la situación en la RDC la CPI ha juzgado y está juzgando a miembros de las Fuerzas de Resistencia Patriótica en Ituri (FRPI) o de la Unión de Patriotas Congolese (UPC), o las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC). En la República Centroafricana el caso *Bemba* implicaba al Movimiento para la Liberación del Congo (MLC), mientras que en Uganda se enfrenta al Ejército de Resistencia del Señor (ERS) y en Malí a Ansar Dine. Como decimos, todas ellas son organizaciones estructuradas, jerarquizadas y dotadas de medios económicos y armamentísticos necesarios para llevar a cabo ataques contra la población civil.

conveniencia de incluir actos cometidos por organizaciones de este tipo bajo el paraguas del art. 7 del ER.

Sección 3ª. El desarrollo jurisprudencial de los elementos contextuales de los crímenes de guerra

Los crímenes de guerra abordan la responsabilidad penal individual por violaciones graves del DIH y el art. 8, que criminaliza estos crímenes en el ER, es con diferencia el más extenso del tratado. Además, de entre las cuatro categorías de crímenes internacionales de la competencia de la CPI ésta es sin duda la más antigua, ya que los crímenes de guerra han sido castigados en el Derecho interno desde el surgimiento del Derecho penal y han sido asimismo los primeros en ser juzgados bajo el Derecho Internacional⁴⁷⁴. El Tratado de Versalles condujo a los juicios de Leipzig a comienzos de 1920, proceso en el que varios soldados alemanes fueron condenados por actos que constituyeron violaciones de las leyes y los usos de la guerra, base jurídica extraída de la Convención IV de La Haya de 1907⁴⁷⁵. A pesar de que este tratado originalmente no se consideraba como una fuente de responsabilidad penal del individuo, sirvió para definir los crímenes de guerra que unos años más tarde se codificarían en la Carta de Núremberg:

“War crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity”⁴⁷⁶.

Con la inclusión de estas conductas concretas de la citada convención como crímenes de guerra, el Tribunal afirmó el carácter consuetudinario de la responsabilidad penal derivada de las mismas⁴⁷⁷. Las infracciones graves recogidas en los Convenios de Ginebra de 1949⁴⁷⁸ dieron paso a una segunda codificación y el Protocolo Adicional I introdujo nuevas infracciones graves en 1977. No obstante, como bien señala Schabas, la Carta de Núremberg y los Convenios de Ginebra, además de no cubrir todo el espectro de violaciones graves de las

⁴⁷⁴ SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal... op. cit.*, p. 122.

⁴⁷⁵ Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Hague IV), adoptada en La Haya el 18 de octubre de 1907.

⁴⁷⁶ Charter of the International Military Tribunal, Art. 6(c).

⁴⁷⁷ CRYER, Rober, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁷⁸ I. Convenio, art. 49; II. Convenio, art. 51; III. Convenio, art. 130; IV. Convenio, art. 147.

leyes de la guerra, sólo abarcan los conflictos armados de carácter internacional⁴⁷⁹. Desde la adopción de estos convenios hasta la década de los noventa el alcance de la responsabilidad penal por crímenes de guerra fue confuso, pues se sugería que ésta se había codificado en estos tratados y que por tanto el concepto de crímenes de guerra se limitaba a las infracciones graves recogidas en los mismos. Sin embargo, como es sabido, estos instrumentos únicamente engloban lo que comúnmente se conoce como ‘Derecho de Ginebra’, dirigido a la protección de las víctimas de los conflictos armados. Los crímenes de guerra recogidos en la Carta de Núremberg, por su parte, derivaban del ‘Derecho de La Haya’, cuyo origen en la citada Convención de 1907 se dirigió a regular los métodos empleados en la guerra.

El Estatuto del TIPY incluyó ambas vertientes, recogiendo tanto las infracciones graves de los Convenios de Ginebra como las violaciones de leyes y usos de la guerra⁴⁸⁰, aunque siguiendo lo dispuesto en dichas normas, sin hacer mención a los conflictos armados internos. Esta última cuestión cambió con la adopción del Estatuto del TIPR, texto en el que el CS estableció la punibilidad de los crímenes de guerra en el conflicto interno que asoló Ruanda e introdujo la aplicación de las violaciones del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II⁴⁸¹. El secretario general declaró al respecto que el CS había adoptado un enfoque más expansivo en la elección del derecho aplicable que el empleado con el anterior tribunal, pues incluía una serie de crímenes independientemente de su consideración como parte de Derecho Internacional consuetudinario y con independencia asimismo de que la costumbre internacional comportara la responsabilidad penal individual en relación a crímenes de guerra cometidos en un conflicto no internacional⁴⁸².

El art. 8 del ER, a diferencia de lo establecido en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, contiene una lista *numerus clausus* de los crímenes de guerra de la competencia de la CPI que incluye las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, las violaciones graves del art. 3

⁴⁷⁹ SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal... op. cit.*, p. 123.

⁴⁸⁰ Arts 2 y 3 del Estatuto del TIPY.

⁴⁸¹ Art. 4 del Estatuto del TIPR.

⁴⁸² Report of the Secretary-General Pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994), § 12, UN Doc. 1995/134, 13-02-95. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement> (última visita 18-05-17).

común y otra serie de violaciones graves extraídas de diversas fuentes⁴⁸³. No cabe duda de que la cobertura explícita de los conflictos armados no internacionales supuso un enorme avance con respecto a la regulación de los crímenes de guerra existente hasta entonces. Ahora bien, dado que el objetivo de los redactores era reflejar el Derecho Internacional consuetudinario en lugar de crear un nuevo cuerpo legal, muchas de las disposiciones de los instrumentos previos se excluyeron debido a una falta de consenso sobre su carácter consuetudinario. Asimismo, a pesar de ser una disposición extensa, el art. 8 del ER excluye varios crímenes de guerra cuya naturaleza consuetudinaria es reconocida, como es el caso de la prohibición general del uso de armas químicas o biológicas⁴⁸⁴. La disposición se divide entre crímenes de guerra aplicables a conflictos armados internacionales y los aplicables a conflictos no internacionales. En relación a la primera categoría se distingue, por un lado, el apartado relativo a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (art. 8(2)(a)) y por otro, el relativo a otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales (art. 8(2)(b)). Respecto a los conflictos de carácter interno, el ER recoge los crímenes del art. 3 común a los Convenios de Ginebra (art. 8(2)(c)), y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a conflictos armados de carácter no internacional (art. 8(2)(e))⁴⁸⁵.

A pesar de la tendencia hacia la convergencia de las normas aplicables a ambos tipos de conflicto, el hecho de que el ER mantenga la diferenciación obliga a la CPI determinar el carácter del mismo para poder aplicar la norma correspondiente, incluso en aquellos casos en los que la conducta punible es idéntica se cometa en el conflicto en el que se cometa. Si bien en la práctica de la CPI los elementos contextuales de los crímenes de guerra no han generado grandes controversias conviene hacer una referencia a los mismos antes de adentrarnos en el derecho sustantivo.

⁴⁸³ Fundamentalmente las Regulaciones anexas a la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Hague IV), el art. 6 de la Carta del Tribunal Internacional Militar de Núremberg y los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra.

⁴⁸⁴ CRYER, Rober, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 271.

⁴⁸⁵ Para un interesante estudio de los crímenes de guerra, anterior a la puesta en práctica del ER véase PIGNATELLI Y MECA, Fernando, “Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional” en Consuelo Ramón Chornet, Javier Álvarez Veloso, Romualdo Bermejo García *et al.*, *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 237-318.

3.1. El umbral establecido para los crímenes de guerra

La existencia de un conflicto armado y que la conducta en cuestión haya sido cometida en relación a dicho conflicto son los requisitos que deben cumplirse para poder hablar de un crimen de guerra. Sin embargo, el art. 8(1) del ER, a diferencia de los instrumentos anteriores, impone un umbral sobre los crímenes de guerra juzgados por la CPI al que conviene referirse brevemente antes de proceder al modo en que la CPI ha abordado la calificación de ambos tipos de conflicto armado. Ese apartado expone que “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.” Si bien pudiera parecer que se trata de un elemento constitutivo del crimen, lo cierto es que este apartado no altera la definición de los crímenes de guerra bajo el art 8. La existencia de un plan, política y la comisión a gran escala no son en absoluto elementos exigidos por esta categoría de crímenes, de manera que un solo acto de homicidio o violación por parte de un solo criminal podría constituir un crimen de guerra. Como bien apunta Cottier, este apartado

“rather provides a practical guideline for the ICC and above all the Prosecutor on what type of war crimes they should primarily focus, given the limited resources of the ICC. It indicates factors the Prosecutor should take into account when determining whether to commence an investigation with regard to a person alleged to have committed war crimes. Indeed, if a party to a conflict has a general policy or plan or if war crimes are committed on a large scale, it may be less likely to change the course without international action”⁴⁸⁶.

En relación las primeras órdenes de arresto solicitadas en el contexto de la situación en la RDC, los jueces de apelación se refirieron a este apartado para señalar que el requisito de la comisión a gran escala es alternativo al requisito de la comisión como parte de una política, añadiendo que no se trata de una exigencia absoluta, sino que la expresión ‘en particular’ sólo la convierte en un factor a tener en cuenta⁴⁸⁷. De forma similar, en la jurisprudencia posterior los jueces de instancias inferiores han afirmado que dicho apartado únicamente sirve de guía a la CPI para el ejercicio de la competencia sobre crímenes de guerra, por lo que un solo acto podría constituir un crimen de guerra siempre y cuando haya sido cometido en el contexto de y

⁴⁸⁶ COTTIER, Michael, “Paragraph 1: jurisdiction in respect of war crimes” en Otto Triffeterer (Ed.), *Commentary on the Rome... op. cit.*, p. 299.

⁴⁸⁷ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, “Judgment on the Prosecutor's Appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on The Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58’”, AC, 13-07-06, § 70.

asociado a un conflicto armado⁴⁸⁸. En opinión de Schabas la frase ‘plan o política’ y ‘comisión en gran escala’ introducida en el art. 8(1) del ER podría tener su origen en el Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad adoptado por la CDI en 1996⁴⁸⁹, cuyo art. 20 dispone que “any of the following war crimes constitutes a crime against the peace and security of mankind when committed in a systematic manner or on a large scale”.

Lo cierto es que, salvo en las decisiones mencionadas, este apartado ha sido prácticamente ignorado por las salas de cuestiones preliminares en sus decisiones sobre la emisión de órdenes de arresto o de confirmación de cargos. Si ha demostrado tener algo de relevancia para algún órgano de la CPI, éste ha sido la Fiscalía, quien ha hecho referencia a este umbral en relación a la investigación sobre Irak y a una de las órdenes de arresto en la situación de Darfur. Respecto a la primera, este órgano se sirvió del umbral, entre otras cuestiones como la falta de la suficiente gravedad, para justificar la decisión de no proceder a la apertura de una investigación:

“For war crimes, a specific gravity threshold is set down in Article 8(1), which states that “the Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. This threshold is not an element of the crime, and the words “in particular” suggest that this is not a strict requirement. It does, however, provide Statute guidance that the Court is intended to focus on situations meeting these requirements. According to the available information, it did not appear that any of the criteria of Article 8(1) were satisfied”⁴⁹⁰.

En relación a la segunda, la Fiscalía se refirió al art. 8(1) al solicitar la orden de arresto contra Abu Garda por los presuntos crímenes de guerra cometidos contra miembros de la Operación de Paz de la Misión de la Unión Africana en Sudán. Ante la previsión de que éstos no fueran considerados lo suficientemente relevantes para los jueces, señaló que los ataques dirigidos contra este personal constituyen delitos graves, aunque no abordó si los mismos formaban parte de un plan o política o si fueron cometidos a gran escala⁴⁹¹. En cualquier caso, los jueces ni siquiera hicieron mención a este apartado en su respuesta, lo que da muestra de

⁴⁸⁸ *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 16-12-11, § 94; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 211; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 896; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 126.

⁴⁸⁹ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court... op. cit.*, p. 226.

⁴⁹⁰ Office of the Prosecutor, response to communications received concerning Iraq, The Hague, 09-02-06, p. 8.

⁴⁹¹ *Situation in Darfur, Sudan*, “Summary of the Prosecutor's Application under Article 58”, PTC I, 20-11-08, § 7.

la irrelevancia práctica del mismo hasta el momento y de que en realidad podría tratarse de un recurso a aplicar de forma oportunista más que de una norma legal significativa⁴⁹².

3.2. El carácter internacional o no internacional del conflicto armado

Como señalábamos, la existencia de un conflicto armado es el elemento contextual exigido para el enjuiciamiento de crímenes de guerra. Sin embargo, dado que ni el ER ni los Elementos de los Crímenes ofrecen una definición general de lo que debe entenderse por conflicto armado⁴⁹³, la CPI se ha apoyado en gran medida en la jurisprudencia del TIPY, muy rica a este respecto debido a la complejidad y mutaciones que suspuso el conflicto de los Balcanes. En el caso *Tadić*, este tribunal determinó que existe un conflicto armado “whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is reached”⁴⁹⁴. La ausencia de una definición en el ER y en los Elementos de los Crímenes no resulta extraña si se tiene en cuenta que ningún tratado, incluyendo los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, recoge tal definición. En el caso de los primeros, el alcance del conflicto armado se define en los arts 2 y 3 que cubren los conflictos armados internacionales y no internacionales respectivamente. Los Protocolos Adicionales añadieron dos categorías de conflicto armado al esquema de la caracterización previsto en los Convenios de Ginebra, puesto que el Protocolo Adicional I expandía el conflicto armado internacional para incluir las guerras de liberación nacional⁴⁹⁵, mientras que el Protocolo Adicional II creaba una categoría de conflicto no internacional distinta de la prevista en el art. 3 común a los Convenios, aquélla en relación a los conflictos “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando

⁴⁹² SCHABAS, William A., *The International Criminal Court... op. cit.*, p. 228.

⁴⁹³ Los Elementos de los Crímenes únicamente exigen “que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.”

⁴⁹⁴ *Tadić*, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 02-10-95, § 70.

⁴⁹⁵ Art. 1(4) del Protocolo Adicional I.

responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”⁴⁹⁶.

Sin embargo, la única distinción recogida en el ER es la creada en los Convenios de Ginebra entre conflicto armado internacional y no internacional, a pesar de que cada una de éstas contemple dos categorías de crímenes. Esta diferenciación entre ambos tipos de conflicto armado se explica por la reticencia histórica a reconocer que el Derecho Internacional pudiera aplicarse a las guerras civiles, por considerar que se trataba de un ‘asunto interno’⁴⁹⁷ que cada Estado debía resolver. De hecho, los Convenios de Ginebra regulan la protección humanitaria en conflictos armados internacionales y reservan la muy limitada excepción del art. 3 común a los conflictos internos. Incluso en la adopción del Protocolo Adicional II, los Estados rehusaron incluir la noción de ‘infracción grave’ en el texto del mismo. En este sentido, a pesar de que el ER confirma un importante avance con la inclusión de una codificación detallada de crímenes de guerra punibles en un conflicto armado no internacional, lo cierto es que la enumeración de las conductas prohibidas en los conflictos internacionales es considerablemente más larga, lo que desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos da como resultado una incongruencia.

Dado que las definiciones de muchos de los crímenes previstos en ambas categorías son iguales, cabría preguntarse si determinar la naturaleza del conflicto es realmente relevante en los casos en los que se imputen esas conductas⁴⁹⁸. Al hilo de esta cuestión, en el caso *Mbarushimana* los jueces consideraron innecesario calificar el conflicto para emitir una orden de arresto porque la conducta que formaba la base de los cargos propuestos por la Fiscalía con arreglo al art. 8 del ER se sanciona de la misma manera independientemente del tipo de conflicto en el que hubiera sido cometida⁴⁹⁹. Sin embargo, en el caso *Lubanga*, si bien los jueces pusieron sobre la mesa el debate doctrinal y jurisprudencial entorno a la utilidad de

⁴⁹⁶ Art. 1(1) del Protocolo Adicional II. Véase CULLEN, Anthony, “The Characterization of Armed Conflict in the Jurisprudence of the ICC” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the... op. cit.*, p. 765.

⁴⁹⁷ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 272.

⁴⁹⁸ Por ejemplo, las conductas prohibidas y previstas como crímenes de guerra de índole sexual son idénticas, sean cometidas en un conflicto armado internacional (art. 8(2)(b)(c)(xxii)) o en un conflicto armado de carácter interno (art. 8(2)(e)(vi)).

⁴⁹⁹ *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana”, PTC I, 28-09-10, § 20.

distinguir entre los dos tipos de conflicto⁵⁰⁰, señalaron que la distinción no sólo es una cuestión consolidada del derecho de los conflictos armados, sino que además, está recogida en las disposiciones estatutarias del marco normativo del ER que en virtud del art. 21 del tratado deben aplicarse, no pudiendo la CPI alterar el dicho marco⁵⁰¹.

Así pues, la CPI ha definido un conflicto internacional de la siguiente manera:

“The Chamber considers an armed conflict to be international in character if it takes place between two or more States; this extends to the partial or total occupation of the territory of another State, whether or not the said occupation meets with armed resistance. In addition, an internal conflict that breaks out on the territory of a State may become international—or, depending on the circumstances, be international in character alongside an internal armed conflict—if (i) another State intervenes in that through its troops (direct intervention), or (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State (indirect intervention)”⁵⁰².

Tal y como recogen los Elementos de los Crímenes, el concepto de ‘conflicto armado internacional’ con arreglo al art. 8(2)(a) del ER incluye la ocupación militar⁵⁰³. La CPI se refirió al art. 2(1) común de los Convenios de Ginebra que dispone la aplicación de estos instrumentos en los casos de ocupación parcial o total del territorio de una Alta Parte Contratante, incluso cuando esta ocupación no encuentre resistencia militar⁵⁰⁴ y señaló que un territorio se considera ocupado cuando queda bajo la autoridad de una armada hostil, ocupación que se extiende únicamente al territorio donde dicha autoridad haya sido

⁵⁰⁰ Citando entre otros autores a James Stewart, “Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross* vol. 85, n° 850, 2003; W. Michael Reisman and James Silk, “Which Law Applies to the Afghan Conflict?”, *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988 y lo dispuesto por el TIPY en el caso *Tadić* IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 02-10-95, en el que este tribunal señaló lo siguiente en referencia a esta distinción entre conflicto armado internacional y no internacional: “If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight”, §s 97.

⁵⁰¹ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12, § 539.

⁵⁰² *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 29-01-07, § 209; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, § 238; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 220; *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12, § 541; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1177.

⁵⁰³ Elementos de los Crímenes, Crímenes de guerra, art. 8(2)(a)(i), crimen de guerra de homicidio intencional, § 4, nota al pie 34: “El término ‘conflicto armado internacional’ incluye la ocupación militar. Esta nota también es aplicable al elemento correspondiente de cada uno de los crímenes comprendidos en el artículo 8 2) a).”

⁵⁰⁴ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 221.

establecida y pueda ser ejercida⁵⁰⁵. Asimismo, la ocupación militar existe si las fuerzas militares de un Estado intervienen y ejercen control sobre un territorio más allá de las fronteras internacionalmente reconocidas de ese Estado, si ese territorio pertenece a un Estado hostil, a un Estado neutral o a un Estado cobeligerante, siempre y cuando el despliegue de fuerzas no haya sido autorizado mediante acuerdo con el poder ocupado⁵⁰⁶. Por el momento la única investigación en la CPI en la que en conflicto que se aborda es de carácter internacional es la de Georgia, conflicto armado en el que están implicados tanto Georgia como Rusia debido tanto al enfrentamiento armado, a la ocupación rusa de partes del territorio georgiano y al control que Rusia ejercía con anterioridad a la intervención directa de las fuerzas rusas⁵⁰⁷.

En relación a la internacionalización de un conflicto, la CPI señala que si un Estado inicia un conflicto con un grupo armado no estatal situado en el territorio de un Estado vecino y el grupo actúa bajo el control de éste, el conflicto se calificaría como internacional entre ambos Estados⁵⁰⁸. No obstante, es objeto de debate el grado de control que el segundo Estado debe ejercer sobre el grupo armado no estatal en cuestión para poder determinar que está implicado en el conflicto, algo ya debatido en el caso *Tadić*. La CPI viene aplicando el enfoque del “overall control” empleado por el TIPY en virtud del cual “A State may exercise the required degree of control when it ‘has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group’”⁵⁰⁹. Estaríamos, pues, ante una intervención indirecta en la que un Estado se sirve de un grupo armado no estatal en el conflicto, un enfoque que desde la sentencia del caso *Tadić*, es el estándar empleado para poder calificar un conflicto armado a

⁵⁰⁵ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12, § 541; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1179.

⁵⁰⁶ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1179.

⁵⁰⁷ *Situation in Georgia*, “Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation”, PTC I, 27-01-16, § 27: “the Chamber considers first that the information reasonably indicates that an international armed conflict existed between Georgia and the Russian Federation between 1 July 2008 and 10 October 2008. The existence of such international armed conflict is rather uncontroversial as concerns the period of armed hostilities between Georgian and Russian armed forces between 8 and 12 August 2008 and the period of Russian occupation of parts of Georgian territory, in particular the “buffer zone”, until at least 10 October 2018. In addition, the Chamber considers, at this stage, that there is sufficient indication that the Russian Federation exercised overall control over the South Ossetian forces, meaning that also the period before the direct intervention of Russian forces may be seen as an international armed conflict.”

⁵⁰⁸ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12, § 541.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, citando la sentencia del caso *Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15-07-99, § 137; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, §§ 128-130.

primera vista interno como internacional, según el grado de control ejercido por el Estado externo al conflicto armado sobre el actor no estatal⁵¹⁰.

A pesar de que este enfoque haya sido empleado de forma uniforme en la jurisprudencia del TIPY y de que su incorporación a la jurisprudencia de la CPI haya sido plena, el uso del mismo como estándar para la internacionalización de un conflicto armado se desvía del enfoque del “effective control” o control efectivo empleado por la CIJ en el asunto *Nicaragua c. Estados Unidos*⁵¹¹. De hecho, en el asunto sobre el genocidio bosnio la CIJ consideró que si bien el enfoque del “overall control” empleado por los tribunales penales internacionales puede ser válido para determinar el carácter de un conflicto, no puede afirmarse que su aplicación sea apropiada conforme al derecho sobre la responsabilidad del Estado para determinar cuándo un Estado es responsable por los actos cometidos por unidades paramilitares, fuerzas armadas ajenas a sus órganos oficiales, tal y como defendía el TIPY⁵¹². En vista de la postura contraria de la jueza Wyngaert en el caso *Katanga* respecto al uso del enfoque “overall control” por considerar que “the law is far from settled”⁵¹³, la práctica hasta el momento manifiesta que la CPI deberá aportar luz mediante una mayor aclaración del concepto, a lo que un análisis de la práctica estatal podría contribuir.

En relación al conflicto armado de carácter no internacional, regido por los apartados (c)-(f) del art. 8 del ER, si bien el tratado no ofrece ninguna definición de lo que es un conflicto armado de esta índole, los apartados (d) y (f) establecen unos umbrales⁵¹⁴, sobre los cuales la CPI ha señalado lo siguiente:

⁵¹⁰ CULLEN, Anthony, *op. cit.*, p. 772.

⁵¹¹ *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, § 210.

⁵¹² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43.

⁵¹³ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, TC II, 07-03-14, § 276.

⁵¹⁴ Art. 8(2):

“d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.”

“f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.”

“The threshold enshrined in the first sentence of article 8(2)(d) and (f), first sentence, of the Statute requires any armed conflict not of an international character to reach a certain level of intensity which exceeds that of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. In the view of the Chamber, this is ultimately a limitation on the jurisdiction of the Court itself, since if the required level of intensity is not reached, crimes committed in such a context would not be within the jurisdiction of the Court”⁵¹⁵.

Tal y como se desprende de esas líneas, en opinión de la CPI este umbral sólo requiere que evaluar la intensidad de los hechos con el fin de distinguir un conflicto armado de actos de bandolerismo, insurrecciones desorganizadas y de corta duración o actos terroristas, ninguno de ellos sujetos al DIH⁵¹⁶. El art. 8(2)(d) del ER se aplica a los crímenes recogidos en el art. 8(2)(c) y como expone Schabas, dado que se trata de violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra, el lenguaje de la disposición no resulta controvertido⁵¹⁷. Sin embargo, el art. 8(2)(f) del ER plantea más problemas. Éste regula los crímenes recogidos en el art. 8(2)(e), disposición basada en gran medida en el art. 1 del Protocolo Adicional II aunque muchos de los crímenes no estén recogidos en este instrumento. A diferencia del ER, que nada menciona al respecto, el art. 1(1) de este tratado requiere que los grupos organizados ejerzan el control sobre una parte del territorio y en este sentido, la CPI ha dispuesto que para el enjuiciamiento de las conductas prohibidas en el art. 8(2)(e) no es necesario constatar esta cuestión⁵¹⁸. Junto con esto, si bien el ER tampoco requiere que los grupos organizados estén bajo la responsabilidad de un mando tal y como exige el Protocolo Adicional II, éstos deben poseer un cierto grado de organización que les permita desarrollar una violencia armada prolongada⁵¹⁹.

En el caso *Bemba*, los jueces afirmaron que un conflicto de naturaleza no internacional se caracteriza “by the outbreak of an armed nature, and which takes place within the confines of a State territory. The hostilities may break out (i) between government authorities and organized dissident armed groups or (ii) between such groups”⁵²⁰. Previamente, la CPI había

⁵¹⁵ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 225.

⁵¹⁶ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12, § 538, citando el caso *Dorđević*, IT-05-87/1-T, Judgment, 23-02-11, § 1522.

⁵¹⁷ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 232.

⁵¹⁸ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12, § 536.

⁵¹⁹ *Ibid.*; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1185; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, §§ 134-136.

⁵²⁰ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC II, 15-06-09, § 231.

puesto su atención en la necesidad de que los grupos armados tuvieran la capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares durante un tiempo prolongado⁵²¹ y para determinar su organización, indicó varios factores no exhaustivos como, entre otros, la jerarquía interna del grupo o la estructura y normas de mando, señalando que este criterio debe aplicarse flexiblemente considerando que el art. 8(2)(f) del ER únicamente exige que el grupo armado sea ‘organizado’⁵²².

3.3. El nexa entre el acto punible y el conflicto armado y el conocimiento del autor

Para que un acto cometido durante un conflicto armado constituya un crimen de guerra es esencial, como disponen los Elementos de los Crímenes “que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él”. Por ‘contexto’ ha de entenderse el contexto temporal y geográfico en un sentido amplio, es decir, la conducta debe haber ocurrido durante un conflicto armado y en el territorio en el que éste se estuviera desarrollando. Se trata de un requisito muy general, ya que un estado de conflicto armado se reconoce a lo largo del territorio, más allá del tiempo y lugar de las hostilidades⁵²³. Asimismo, no es necesario que en el momento y lugar del crimen hubiera actividades militares, pues un crimen de guerra puede cometerse temporalmente y geográficamente, lejos del combate⁵²⁴. Por los términos ‘relacionado con él’ se entiende el nexa específico que debe haber entre la conducta del criminal y el conflicto y la CPI lo ha descrito como “that the alleged crimes were closely related to the hostilities”⁵²⁵ o que el conflicto armado “must play a substantial role in the perpetrator’s decision, in his ability to commit the crime or in the manner in which the conduct was ultimately committed”⁵²⁶.

⁵²¹ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 29-01-07, § 234.

⁵²² *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12, § 537.

⁵²³ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 281.

⁵²⁴ *Kunarac*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Judgment, 12-06-02, § 57.

⁵²⁵ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 29-01-07, § 288; *ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, § 380.

⁵²⁶ *ICC Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Decision on the Confirmation of Charges”, PTC I, 08-02-10, § 90.

El elemento del nexo fue especialmente relevante en la jurisprudencia temprana de los tribunales *ad hoc* debido al gran número de acusados de bajo rango. Sin embargo, este factor pierde importancia a medida que se juzga a líderes y a altos mandos porque en estos casos la conexión entre sus actos y el conflicto resulta más clara, de modo que cuanto más se centre la CPI en estas figuras, resultará lógico que el nexo pierda relevancia en su jurisprudencia⁵²⁷. En el caso *Kunarac*, el TIPY elaboró un test centrándose en si la existencia del conflicto jugaba un papel determinante en la capacidad del criminal de cometer el crimen, en su decisión de cometerlo, en la manera de comisión o en el objetivo con el que fue cometido. En este sentido, la sala señaló que para evaluar estas cuestiones bastaba con que el criminal actuase en promoción o bajo el pretexto de un conflicto armado y para ello, factores como el estatuto del criminal o de la víctima, o si el acto servía de objetivo a la campaña militar, servían para evaluar estas cuestiones⁵²⁸, test que hasta la fecha ha sido aplicado por la CPI⁵²⁹.

Asimismo, el TIPY apuntó que en los conflictos armados internos las leyes de la guerra se aplican en todo el territorio que esté bajo el control de una parte en el conflicto haya o no combate en esa zona y continúa aplicándose hasta que se logre una solución pacífica⁵³⁰. En las primeras sentencias condenatorias de la CPI no ha sido complicado probar el nexo entre los crímenes imputados y el conflicto armado, porque o bien los crímenes imputados despejaban toda duda sobre el nexo o bien porque el contexto particular de los casos no permitía extraer que el acusado pudiera ser ajeno a las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado⁵³¹.

En relación al requisito del conocimiento, los Elementos de los Crímenes estipulan que para que el presunto criminal pueda ser juzgado por crímenes de guerra éste debe haber sido “consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”⁵³². Sin embargo, tal y como se apunta en la Introducción a los crímenes de guerra del mismo documento, basta con que el acusado sea consciente de los hechos, sin necesidad de

⁵²⁷ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 236.

⁵²⁸ *Kunarac*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Judgment, 12-06-02, § 58.

⁵²⁹ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, §§ 142-144.

⁵³⁰ *Kunarac*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Judgment, 12-06-02, § 57.

⁵³¹ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 1231; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, §§ 664-666.

⁵³² Elementos de los Crímenes, Art. 8(2)(a)(i), elemento 5.

que haya realizado una valoración jurídica ni haya calificado el conflicto como internacional o interno. De esta manera, como señalan varios autores, la relevancia de esta cuestión parece ser más teórica que práctica, pues resulta prácticamente imposible concebir situaciones en las que la conducta del perpetrador pueda cumplir el requisito del nexo sin que el propio individuo sea consciente de la existencia del conflicto armado⁵³³.

Sección 4ª. Los crímenes de componente sexual y de género como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra

A pesar de haber formado parte de los conflictos armados y de haberse demostrado que no era un daño fortuito o incidental sino un ‘arma de guerra’⁵³⁴, tradicionalmente la violencia sexual ha sido la gran ignorada por la justicia internacional penal. Sin embargo, durante la última década del siglo pasado los Estados iniciaron el debate sobre la necesidad de prevenir y sancionar la violencia sexual relacionada con los conflictos armados debido, en gran medida, a la participación de activistas feministas en los foros internacionales. Así, la criminalización de esta violencia comenzó a adquirir relevancia de la mano del TIPY y del TIPR, cuya jurisprudencia, además de ser esencial para dar visibilidad y desarrollar estas conductas en el Derecho Internacional Penal, fue reflejada en el ER mediante la amplia lista de crímenes de violencia sexual incluida en el texto, convirtiéndose éste en un instrumento normativo internacional vanguardista en relación al tratamiento de estos crímenes en el Derecho Internacional⁵³⁵.

Las disposiciones del tratado relativas a la violencia sexual son el resultado de un difícil proceso negociador en el que confluyeron las posturas de Estados progresistas y conservadores, así como las de ONGs preocupadas por estas cuestiones. El Caucus de Mujeres por una Justicia de Género, formado por las asociaciones de mujeres y los grupos feministas, influyeron en el proceso de redacción del ER y lograron la criminalización de los crímenes de violencia sexual, que salvo la violación, hasta entonces carecían de reconocimiento a nivel

⁵³³ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 283.

⁵³⁴ SCHOMBURG, Wolfgang, PETERSON, Ines, “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law” en *American Journal of International Law*, vol. 101, nº 1, 2007, p. 121.

⁵³⁵ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *Crímenes Internacionales de Violencia Sexual y Conflictos Armados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 47.

internacional⁵³⁶, así como la inclusión de una perspectiva de género en el tratado⁵³⁷, haciendo del ER el instrumento más completo en lo que a la criminalización de crímenes de violencia sexual se refiere. Como señala Askin, su inclusión en el tratado es el reflejo de la reciente aceptación de la comunidad internacional de que éstos figuran como unos de los más graves en el Derecho Internacional⁵³⁸, o incluso, como ha manifestado el ex secretario general de naciones Unidas, una amenaza para la paz y seguridad internacionales⁵³⁹.

Estos crímenes se incorporan en los arts. 7 y 8 del ER como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, sin descartar que puedan constituir crimen de genocidio si son perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso⁵⁴⁰, de manera que pueden cometerse tanto en presencia como en ausencia de un conflicto armado. El art. 7(1)(g) del ER prevé como crímenes contra la humanidad los actos de “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”, mientras que los arts. 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ER recogen los mismos actos como crímenes de guerra. La primera disposición se refiere a “otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales” y señala que será un crimen de guerra “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”.

⁵³⁶ De hecho la Carta de Nuremberg ni siquiera reconoció la violación como una forma de crimen contra la humanidad explícitamente, aunque esto se corrigió a través de la interpretación actividad jurisprudenciales del así como en los textos de las definiciones subsiguientes, SCHABAS, William A., *An introduction to the International... op. cit.*, p. 115.

⁵³⁷ Para un análisis más detallado del proceso de redacción y de la influencia del TIPY y el TIPR, así como de las aportaciones, sugerencias y presión ejercidas por las organizaciones de mujeres véase ZORRILLA, Maider, “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual” en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 34, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 23-64.

⁵³⁸ ASKIN, Kelly D., “Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court” en *Criminal Law Forum*, vol. 10, nº 1, 1999, p. 46.

⁵³⁹ S/2016/361, *Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos*, Consejo de Seguridad, 20-04-16. En este documento el SG se señala que el empleo de la violencia sexual en conflictos armados ha aumentado por parte de grupos terroristas y extremistas violentos, “incluso como parte de los sistemas de castigo y recompensa que aplican para consolidar su poder.” Cabe señalar que en la expresión “violencia sexual relacionada con los conflictos” el SG incluye los mismos crímenes sexuales recogidos en los arts. 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ER. Acceso al documento en el siguiente enlace: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2016/361> (última visita 18-05-17)

⁵⁴⁰ Recordemos que, tal y como se ha señalado en el capítulo II, uno de los cargos imputados a Al Bashir es el de violación bajo el paraguas del elemento material recogido en el art. 6 del ER, esto es, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.

La segunda, en relación a “otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no son de índole internacional” dispone que constituirá un crimen de guerra “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”. Los crímenes prohibidos por tanto son idénticos, variando únicamente el contexto en el que se cometen. La aportación novedosa en lo que a esta categoría de crímenes se refiere es que el art. 8 del ER se aleja de la formulación tradicional de éstos al reconocer que los actos de violencia sexual enumerados constituyen crímenes de guerra como si de infracciones graves de los Convenios de Ginebra se tratara. Si bien no se incluyen en el epígrafe correspondiente a las infracciones graves (el art. 8(2)(a)), la comisión de crímenes de violencia sexual equipara éstos de manera expresa con “cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra” así como con las violaciones graves del art. 3 común. De esta manera, “se eleva la gravedad de estas conductas de naturaleza sexual por encima de lo estipulado tradicionalmente en el Derecho Internacional”⁵⁴¹, siendo la primera vez que un texto de este sector del Derecho sitúa la violencia sexual al mismo nivel que una infracción grave⁵⁴².

La inclusión del concepto de ‘género’ en varias disposiciones del ER⁵⁴³, por su parte, suscitó oposición entre algunos países islámicos al considerar que dicho término, así como la introducción de una perspectiva de género, eran contrarios a los principios básicos del islamismo y de la concepción de la mujer por parte del islam, oposición compartida igualmente por la Iglesia católica⁵⁴⁴. No obstante, dichas posturas contrarias a la inclusión del mismo fueron relativamente paliadas mediante el consenso sobre el alcance de la definición del término, que quedó plasmado en el ER de la siguiente manera: “[A] los efectos del presente Estatuto, se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede”⁵⁴⁵. Con esta definición se buscaba restringir posibles abusos en la utilización del término y subrayar el carácter neutro del mismo, con el fin de tranquilizar especialmente a

⁵⁴¹ ZORRILLA, Maider, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 68.

⁵⁴³ Art. 7(1)(h) sobre el crimen contra la humanidad de persecución; art. 21(3) sobre el derecho aplicable por la CPI; art. 42(9) sobre la asesoría especializada de la Fiscalía en asuntos concretos como la violencia de género o la violencia sexual; el art. 54 y el art. 68.

⁵⁴⁴ ZORRILLA, Maider, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴⁵ Art. 7(3) del ER.

aquellos países, como los islámicos, que pudieran sentirse amenazados por el propio concepto al considerar que en ausencia de una definición, se abría la puerta al reconocimiento de la homosexualidad⁵⁴⁶ o a una lectura demasiado progresista sobre la sexualidad⁵⁴⁷.

En consecuencia, la definición combina aspectos de ambas posturas contrarias, puesto que, por un lado, se refiere de forma expresa a los dos sexos y a las diferencias entre ellos y, por otro, menciona el contexto social, y con ello la posibilidad de que el género sea algo más que diferencias de carácter biológico, incluyendo las construcciones sociales de los roles de género y las relaciones de género⁵⁴⁸. En cualquier caso, la incorporación de una dimensión de género en el ER mediante el carácter neutro con el que se recoge la formulación de los crímenes sexuales, señalando que pueden ser cometidos tanto contra mujeres u hombres como contra niñas o niños, se elimina cualquier elemento moralizador sin particularizar a las mujeres como un grupo más débil y necesitado de protección especial al tiempo que se llena el vacío normativo existente en el Derecho Internacional en relación con la violencia sexual contra los hombres, violencia empleada cada vez con mayor frecuencia en contextos de conflicto⁵⁴⁹.

Sin embargo, a pesar del enfoque progresista introducido por el ER en relación a la violencia sexual y de género, lo cierto es que la puesta en práctica de estas disposiciones se ha hecho esperar mucho tiempo, y dado que hasta 2014 la Fiscalía carecía de una norma formal que la guiara en estas cuestiones, la atención prestada a éstas en los exámenes preliminares, investigaciones y construcción de casos se ha ido produciendo lentamente. En líneas generales, podría afirmarse que por el momento, las políticas relativas a la justicia de género de la CPI muestran más resultados negativos que positivos en términos de un registro de procesamiento pobre y de conocimiento y experiencia inadecuados sobre perspectiva de género. En su práctica destacan ciertos momentos críticos como las sentencias de los casos *Lubanga* o *Katanga*, en las que las esperanzas de lograr condenas por crímenes de esta clase se desvanecieron por completo.

⁵⁴⁶ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford, 2016, p. 209.

⁵⁴⁷ OOSTERVELD, Valerie, "The Definition of 'Gender' in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?" en *Harvard Human Rights Law Journal*, vol. 18, 2005, p. 56.

⁵⁴⁸ ZORRILLA, Maider, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁴⁹ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *op. cit.*, p. 50.

En relación al primero, la decepción era de esperar, ya que la Fiscalía no incluyó ningún crimen de violencia sexual ni de género en el acta de acusación, pero en relación al segundo, en el que este tipo de cargos habían sido confirmados y rechazados después en el juicio oral, la Fiscalía no interpuso siquiera un recurso de apelación en este sentido, señal quizás de lo escasamente prioritaria que se consideraba esta violencia hasta tiempos más recientes. De hecho, son las intervenciones más actuales de la CPI las que han comenzado a equilibrar esta situación y a enviar señales positivas en este sentido. Con el cambio de Fiscalía y la llegada de Fatou Bensouda la actividad del tribunal en relación a la violencia sexual y de género comenzó a ser más visible. Poco antes de asumir el mandato, la actual fiscal afirmó lo siguiente: “this Office will make sure that victims of sexual and gender crimes see the crimes they have suffered from being punished; their perpetrators being arrested and prevented from committing additional crimes. This is a commitment that I make as the new incoming Prosecutor of the ICC”⁵⁵⁰.

Ciertamente, fiel a su palabra, en junio de 2014 la nueva fiscal hizo público su *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*⁵⁵¹ con el objetivo de abordar muchas de las deficiencias que venían obstaculizando el éxito de los enjuiciamientos de crímenes sexuales y de género en la CPI. En este documento la Fiscalía desarrolló el concepto de ‘género’ incluyendo en su definición la construcción social del género y los correspondientes roles, comportamientos, actividades y atributos asignados a las mujeres y a los hombres y a las niñas y a los niños⁵⁵². Igualmente, señaló que por ‘crímenes por motivos de género’ se entiende los que se cometen contra personas de sexo masculino o femenino, independientemente de su edad, a causa de su sexo y/o de sus roles de género socialmente construidos, sin necesidad de que éstos deban manifestarse siempre como violencia sexual⁵⁵³. Asimismo, la Fiscalía introdujo la perspectiva de género y el análisis de género en su labor. La primera requiere entender las diferencias de condición, de poder, roles y necesidades entre hombres y mujeres y el impacto del género en las oportunidades de las personas y las interacciones entre ellas con el fin de entender mejor los crímenes y las experiencias de las

⁵⁵⁰ ICC-OTP, “*Gender Justice and the ICC: Progress and Reflections*”. *International Conference: 10 years review of the ICC. Justice for All? The International Criminal Court*, Statement, Sydney, 14-02-12, p. 6, disponible en el siguiente enlace:

<https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/fed13daf-3916-4e94-9028-123c4d9bb0c9/0/statementgendersydney140212.pdf> (última visita 18-05-17)

⁵⁵¹ ICC-OTP, *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*, junio 2014.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 3.

⁵⁵³ *Ibid.*

personas y las comunidades en una determinada sociedad⁵⁵⁴. La segunda exige examinar las diferencias y las desigualdades subyacentes entre mujeres y hombres y niñas y niños y las relaciones de poder y otras dinámicas que determinan y conforman los roles de género en una sociedad y que dan lugar a prejuicios y estereotipos, lo que para la Fiscalía implica determinar si los crímenes sexuales y por motivo de género se relacionan con las normas y desigualdades de género y de qué manera lo hacen⁵⁵⁵.

Mediante esta política la Fiscalía se comprometió a prestar especial atención a la comisión de crímenes sexuales y por motivos de género en todas las etapas de su labor y a aplicar el análisis de género a todos los crímenes de su competencia⁵⁵⁶. Varias de las cuestiones señaladas en el documento ya han sido llevadas a la práctica, como la imputación de cargos por crímenes sexuales y de género *per se*, ya que en el caso *Ongwen*, la Fiscalía incluyó por vez primera todos los cargos por crímenes sexuales y de género en un apartado individualizado a tal efecto. Asimismo, con el fin de reflejar adecuadamente la gravedad y el carácter polifacético de estos crímenes, también ha formulado cargos acumulados respecto a los mismos hechos, como la imputación del crimen de violación no solo como crimen de violencia sexual sino también como crimen de tortura. De igual manera, para reflejar adecuadamente la naturaleza, la forma de comisión, la intención, el impacto o el contexto entre otros, la Fiscalía ha formulado cargos por actos constitutivos de crímenes sexuales y de género como distintas categorías de crímenes de su competencia, imputando la esclavitud sexual, la violación o la tortura como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

No cabe duda de que esta política era necesaria, ya que la responsabilidad penal individual por estos actos sigue siendo excepcional en comparación con la escala de su comisión, aunque parece que ya ha comenzado a cambiar el rumbo de la práctica de la CPI en materia de violencia sexual y de género. Como veremos a continuación, la primera condena por el

⁵⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵⁵ *Ibíd.*, p. 4.

⁵⁵⁶ Los objetivos de la política de la Fiscalía son los siguientes: prestar especial atención a los crímenes sexuales y por motivos de género de conformidad con las disposiciones del ER; orientar la aplicación y la utilización de las disposiciones del ER y las RPP a fin de asegurar la eficacia en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes sexuales y de género, desde el examen preliminar hasta la apleación; aportar claridad y dirección en las cuestiones referentes a estos crímenes en todos los aspectos de las operaciones; contribuir a la promoción de una cultura fundada en las mejores prácticas en relación con la investigación y el enjuiciamiento de éstos; y contribuir mediante su aplicación al constante desarrollo de la jurisprudencia internacional en materia de crímenes sexuales y por motivos de género. *Ibíd.*, pp. 10-11.

crimen de violación ya ha tenido lugar en el caso *Bemba*, sentencia que ha venido de la mano de tres juezas y que, además de tratarse de la primera vez que se confirma el crimen de violación contra víctimas masculinas, ha hecho especial hincapié en el impacto de este crimen, lo que sin duda ayuda a trasladar a la comunidad internacional la cara a menudo oculta de estas conductas, y por tanto, la importancia de su sanción. Otros crímenes sexuales y de género han comenzado a emerger en la jurisprudencia de la CPI aportando así varios desarrollos materiales novedosos. Es el caso, como veremos, del crimen de esclavitud sexual, de matrimonio forzado o el crimen de embarazo forzado imputados a Ongwen en el contexto del conflicto ugandés. Los dos últimos han sido tratados recientemente por vez primera ante la CPI y en el caso del embarazo forzado, incluso por vez primera en la justicia internacional penal. Asimismo, la preocupación por dar mayor cobertura a la violencia sexual y de género ha llevado a este tribunal a tratar los crímenes de violencia sexual cometidos contra niñas soldado en la RDC en el caso *Ntaganda* mediante una interpretación innovadora del DIH que se ajusta al objeto y fin del ER, creando así un precedente pionero en la protección de las víctimas de estos abusos.

Aunque por el momento los últimos crímenes sólo han sido confirmados en instancia preliminar, se espera que sean finalmente ratificados y formen parte de las sentencias condenatorias. Las próximas secciones no pretenden centrarse en el estudio de la citada política sino en el análisis de la jurisprudencia sustantiva reciente en materia de violencia sexual y de género de la CPI, y concretamente en los crímenes señalados, con el fin de observar el avance realizado en los últimos años en lo que al desarrollo de los tipos penales y al alcance de la protección promovida por la CPI se refiere, así como las divergencias y convergencias respecto de la práctica de otros tribunales.

4.1. El crimen de violación

El crimen de violación fue recogido en el Control Council Law No. 10⁵⁵⁷ y en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* como crimen contra la humanidad⁵⁵⁸. El Proyecto de Código de

⁵⁵⁷ Nuremberg Trials Final Report Appendix D, Punishment of persons guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, Article 2(b). Disponible en el siguiente enlace:

Crímenes de 1996 propuso la actualización de la definición de este crimen introduciéndolo también en la categoría de crímenes de guerra e incluyendo la prostitución forzada y otras formas de abuso sexual⁵⁵⁹. Sin embargo, en la Conferencia Preparatoria de 1998 se abogó por una criminalización más inclusiva de los crímenes de carácter sexual, incluyendo así ‘la violación, la esclavitud sexual, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra violencia sexual de gravedad comparable’ en el art. 7(1)(g) y arts. 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ER como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tanto en conflictos de carácter internacional como de naturaleza interna. La inclusión de estos actos junto a la violación no se consideró como una expansión de la misma, sino más bien como un reconocimiento a que éstos, que han persistido a lo largo de la historia en la mayoría de conflictos armados— incluyendo los desarrollados en la antigua Yugoslavia y en Ruanda no hace tanto tiempo—, son actos inhumanos que merecen ser calificados como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra⁵⁶⁰. Sin embargo, el crimen de violación es el que mayor atención ha recibido tanto en términos legislativos como jurisprudenciales y doctrinales⁵⁶¹, provocando que otros crímenes y abusos de índole sexual hayan sido postergados y definidos por exclusión, una vez acotado el concepto de violación⁵⁶². Sin embargo, la aplicación de la

<http://hrlibrary.umn.edu/instree/ccno10.htm> (última visita 18-05-17). Véase también WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 367; SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary, op. cit.*, p. 185.

⁵⁵⁸ Art. 5(g) del Estatuto del TIPY y art. 3(g) del Estatuto del TIPR.

⁵⁵⁹ Proyecto de Crímenes, art. 18(j), *Anuario de la* 1996, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), p. 51.

⁵⁶⁰ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, pp. 251-252.

⁵⁶¹ STIGLMAYER, Alexandra (Ed.), *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1994; ASKIN, Kelly D., “The International War Crimes Trial of Anto Furundzija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n° 4, 1999, pp. 935-955; DIXON, Rosalind, “Rape as a Crime in International Humanitarian Law: Where to from Here?” en *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 3, 2002, pp. 697-719; BUSS, Doris E., “Prosecuting Mass Rape: Prosecutor v Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic” en *Feminist Legal Studies*, vol. 10, n° 1, 2002, pp. 91-99; SELLERS, Patricia Viseur, “Sexual Violence and Preemptory Norms: The Legal Value of Rape” en *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 34, n° 3, 2002, pp. 287-303; WOOD, Stephanie, “A Woman Scorned for the ‘Least Condemned’ War Crime: Precedent and Problems with Prosecuting Rape as a Serious War Crime in the International Criminal Tribunal for Rwanda” en *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 13, n° 2, 2004, pp. 274-327; MITCHELL, David S., “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of Jus Cogens: Clarifying the Doctrine” en *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 15, n° 2, 2005, pp. 219-257; MacKINNON, Catharine A. “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu” en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, n° 2006, pp. 940-958; BUSS, Doris E., “Rethinking Rape as a Weapon of War” en *Feminist Legal Studies*, vol. 17, n° 2, 2008, pp. 145-163; HALLEY, Janet, “Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-related Violence in Positive International Criminal Law” en *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, n° 1, 2008, pp. 1-123; WEINER, Phillip, “The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law” en *Boston Collage Internatioanl & Comparative Law Review*, vol. 54, n° 3, 2013, pp. 1207-1237; GREWAL, Kiran, “Rape in Conflict, Rape in Peace: Questioning the Revolutionary Potential of International Criminal Justice for Women's Human Rights” en *Australian Feminist Law Journal*, vol. 33, 2010, pp. 57-79.

⁵⁶² LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, M^a Magdalena, *op. cit.*, p. 68.

definición en la práctica reciente de la CPI desvela una interpretación que difiere en algunos aspectos de la jurisprudencia anterior.

Si bien el crimen de violación ha estado presente en la mayoría de las actas de acusación del total de los imputados por crímenes de violencia sexual ante la CPI⁵⁶³, ninguno de ellos se ha traducido en una sanción hasta que el 21 de marzo de 2016 la CPI declarara culpable a Jean-Pierre Bemba Gombo, entre otros cargos, por violación como crimen contra la humanidad y crimen de guerra y lo condenara a dieciocho años de prisión⁵⁶⁴. Se trata de la tercera persona condenada por este tribunal pero de la primera en recibir una condena que incluye cargos por algún tipo de violencia sexual. Bemba, ex viceministro congoleño, ha sido juzgado por crímenes cometidos por soldados del MLC que actuaban bajo su mando en la RCA entre 2002 y 2003. Para un tribunal cuyo Estatuto fue considerado y anunciado como modelo respecto a la justicia de género y de violencia sexual, esta condena es muy positiva y esperanzadora, aunque no puede negarse que llega con mucho retraso. En este sentido resulta representativo que la primera Sala en condenar la violación estuviera compuesta exclusivamente por tres juezas, decisión a la que precedían las sentencias absolutorias de Ngudgolo Chui y Katanga en relación con este crimen. El análisis de los cargos por violación como crimen contra la humanidad y crimen de guerra constituye gran parte de la sentencia y

⁵⁶³ No son pocas las voces que han cuestionado, no sin razón, el proceder de la Fiscalía en el reciente caso contra *Al Mahdi*, en la situación en Malí, un caso en el que ésta centró los cargos únicamente en crímenes de guerra por destrucción del patrimonio cultural obviando las múltiples denuncias sobre violencia sexual presuntamente cometidas durante la ocupación de Tombuctu por parte del grupo al que pertenecía el acusado y recogidas por diferentes actores, entre ellas la Federación Internacional de Derechos Humanos. Ésta ha calificado de retroceso la estrategia seguida por la Fiscalía en este caso, mediante la cual sólo imputó un crimen al acusado, y sobre este plantamiento Lirola Delgado y Martín Martínez han señalado que “*a priori* casa mal con el mandato de género”. Véase LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, M^a Magdalena, *op. cit.*, p. 72; “Mali: The hearing of Al Mahdi before the ICC is a victory, but charges must be expanded”, publicado en *FIDH* el 30-09-15, acceso aquí: <https://www.fidh.org/en/issues/international-justice/international-criminal-court-icc/mali-the-hearing-of-abou-tourab-before-the-icc-is-a-victory-but> (última visita 18-05-17).

Como pone de manifiesto Kersten, su arresto probablemente cumplía dos intereses de la CPI. Primero, suponía concluir un caso innovador—no olvidemos que se trata del primer caso en el que la CPI enjuicia este tipo de crímenes de guerra— sin gastar demasiados recursos. Segundo, porque las posibilidades de que el condenado ofrezca pruebas de crímenes sexuales y de sangre son elevadas, algo que resulta importante considerando que en esta situación aún no ha habido imputaciones en este sentido. Véase KERSTEN, Mark, “The al-Mahdi Case is a Breakthrough for the International Criminal Court” en *Justice in Conflict*, publicado el 25-08-16, acceso al post en el siguiente enlace: <https://justiceinconflict.org/2016/08/25/the-al-mahdi-case-is-a-breakthrough-for-the-international-criminal-court/> (última visita 18-05-17).

De estas cuestiones se deduce que en este caso la Fiscalía buscó asegurarse el proceso y conclusión de un caso relativamente sencillo y rápido, más aún teniendo en cuenta que el propio acusado admitió todos los hechos, en detrimento del cumplimiento de su política sobre crímenes sexuales y de género. En este sentido sólo cabe esperar que los siguientes casos que puedan abrirse en esta situación incluyan este tipo de crímenes.

⁵⁶⁴ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16.

en este sentido es destacable que haya sido este crimen el que ha contribuido a la pena más larga impuesta por este tribunal hasta la actualidad. El simbolismo que por sí mismo guarda este caso es esencial, ya que advierte a los comandantes, jefes y otros superiores de que la violación no es tolerada por la CPI y de que tendrán que rendir cuentas por no impedir, perseguir o castigar la comisión de este crimen. La sentencia ofrece un desarrollo relevante en lo que a la definición del propio tipo penal se refiere y aborda exhaustivamente el impacto del crimen de violación en las víctimas en términos de consecuencias físicas, psicológicas y sociales.

4.1.1. El consentimiento de la víctima y la coerción en la definición de la violación

Los elementos materiales que componen el crimen de violación, ya sea como crimen contra la humanidad o como crimen de guerra, son la invasión del cuerpo de la víctima por un lado, y la coerción o fuerza empleada para llevar a cabo la misma por otro. Éstos quedaron recogidos de la siguiente manera en los EC:

“Que el autor haya invadido* el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.”

Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento”.

* El concepto de “invasión” se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.

* Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad.

En relación al elemento de la invasión, la SPI III en el caso *Bemba* viene a confirmar la jurisprudencia internacional anterior en este sentido, señalando que en virtud de los Elementos de los Crímenes la ‘invasión’ debe entenderse como neutra en cuanto al género, entendiendo que abarca la penetración entre personas del mismo sexo así como autores y víctimas de ambos sexos⁵⁶⁵. Se trata de la primera sentencia en el Derecho Internacional Penal en condenar la violencia sexual contra los hombres como crimen de violación en lugar de considerarla un crimen de tortura, tratos crueles o ultraje contra la dignidad personal. De hecho, Bemba fue condenado por el crimen de violación en base a testimonios no sólo de mujeres sino también de hombres. La sentencia se adhiere así a lo dispuesto por el TIPY y

⁵⁶⁵ *Ibid.*, §§ 99-100.

subraya que la penetración oral por un órgano sexual puede constituir un acto de violación y un ataque degradante frontal a la dignidad humana que puede ser tan traumático y humillante como la penetración anal o vaginal⁵⁶⁶.

Sin embargo, aparte de condenar la violencia sexual contra hombres por vez primera, una de las mayores aportaciones de esta sentencia reside en el análisis del segundo elemento material del crimen de violación realizado por las juezas, esto es, el relativo a la fuerza o coerción respecto al acto de invasión. Al hilo de esta cuestión cabe señalar brevemente los antecedentes jurisprudenciales con el fin de contrastar de forma más clara el tratamiento dado a este crimen en esta última sentencia de la CPI, ya que éstos centraron el análisis del acto de violación no tanto en la fuerza o coerción, sino en el consentimiento de la víctima.

4.1.1.1. El consentimiento en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*

En el caso *Akayesu* se definió por primera vez la violación, que el TIPR entendió como la invasión física de carácter sexual cometida contra una persona bajo circunstancias de coerción⁵⁶⁷, mientras que en la primera aproximación del TIPY a este crimen en el caso *Furundžija* éste determinó que consistía en la penetración sexual de cualquier cavidad de la víctima empleando la coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra ésta o una tercera persona⁵⁶⁸. Sin embargo, posteriormente, en el caso *Kunarac*, este mismo tribunal señaló que esa definición previa de la violación era demasiado restrictiva porque obviaba otros factores que podrían convertir un acto de penetración sexual en un acto no consensual o no voluntario por parte de la víctima⁵⁶⁹. Así, tras analizar varios sistemas legales nacionales, la sala concluyó que el elemento del que debe partir el análisis de la violación en el Derecho Internacional es la ausencia de consentimiento, de manera que reformuló el segundo elemento del crimen adoptando la siguiente definición:

“the Trial Chamber understands that the actus reus of the crime of rape in international law is constituted by: the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the

⁵⁶⁶ *Ibid.*, § 101, en relación a lo dispuesto en los casos *Furundžija*, IT-95-17/1-T, Judgment, 10-12-98, §s 183-185; *Delalić*, IT-96-21-T, Judgment, 16-11-98, § 1066.

⁵⁶⁷ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-98, § 598.

⁵⁶⁸ *Furundžija*, IT-95-17/1-T, Judgment, 10-12-98, § 185.

⁵⁶⁹ *Kunarac et al.*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, 22-02-01, § 438.

perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim"⁵⁷⁰.

La falta de consentimiento era por tanto, a juicio de la sala, el verdadero común denominador que reflejaba el principio básico de la criminalización de las violaciones a la autonomía sexual, de manera que para el TIPY la cuestión clave no era determinar si se había empleado la fuerza o la coerción contra las víctimas, sino si éstas habían estado en posición de dar su consentimiento al acto en cuestión. Lo que el TIPY señalaba a través del caso *Kunarac* era que la violación gira básicamente en torno al consentimiento de la víctima, y en consecuencia, el resultado fue que el foco en la definición de la violación dejó de ponerse en la conducta objetiva del autor, pasando a centrarse en la voluntad de la víctima⁵⁷¹. La SA del TIPY confirmó este enfoque y señaló que si bien parecía distanciarse de las definiciones de violación adoptadas previamente por el tribunal al enfatizar que la ausencia de consentimiento es una *conditio sine qua non* de la violación, en realidad no se alejaba de dicha jurisprudencia en términos prácticos, sino que trataba de clarificar la relación entre la fuerza y el consentimiento. Así, la SA concluyó que la fuerza o amenaza de fuerza puede ser relevante en la medida en que puede aportar pruebas claras sobre la ausencia de consentimiento, pero afirmó que la fuerza no es un elemento *per se* de la violación⁵⁷².

Sin embargo, añadió una observación importante: “[W]hile it is true that a focus on one aspect gives a different shading to the offence, it is worth observing that the circumstances giving rise to the instant appeal and that prevail in most cases charged as either war crimes or crimes against humanity will be almost universally coercive. That is to say, true consent will not be possible”⁵⁷³. Dado que las alegaciones contra los recurrentes se referían concretamente

⁵⁷⁰ *Ibid.*, § 460.

⁵⁷¹ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 368.

⁵⁷² *Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment, 12-06-02, § 129: “with regard to the role of force in the definition of rape, the Appeals Chamber notes that the Trial Chamber appeared to depart from the Tribunal’s prior definitions of rape. However, in explaining its focus on the absence of consent as the *conditio sine qua non* of rape, the Trial Chamber did not disavow the Tribunal’s earlier jurisprudence, but instead sought to explain the relationship between force and consent. Force or threat of force provides clear evidence of non-consent, but force is not an element *per se* of rape. In particular, the Trial Chamber wished to explain that there are “factors other than force which would render an act of sexual penetration non-consensual or non-voluntary on the part of the victim”. A narrow focus on force or threat of force could permit perpetrators to evade liability for sexual activity to which the other party had not consented by taking advantage of coercive circumstances without relying on physical force.”

⁵⁷³ *Ibid.*, § 130.

a violaciones de mujeres cometidas en oficinas militares de facto, centros de detención y apartamentos que servían de residencias para soldados, la SA debía limitar su conclusión en conformidad con ese contexto, determinando así que las circunstancias en las que se habían cometido eran tan coercitivas que negaban toda posibilidad de consentimiento por parte de la víctima⁵⁷⁴.

En la instancia de apelación del caso *Gacumbitsi* del TIPR la Fiscalía solicitó a la SA que determinara que el consentimiento, o más bien, la ausencia de éste, no es un elemento de la violación como crimen contra la humanidad o genocidio, sino que debería considerarse como una defensa que eventualmente podría alegar el acusado, sujeta ésta a las limitaciones de la Regla 96 de Procedimiento del tribunal⁵⁷⁵. La SA mantuvo la posición del TIPY en el caso *Kunarac* al definir la violación y enfatizó que no cabe hablar de consentimiento libre en las circunstancias que constituyeren crímenes contra la humanidad o genocidio⁵⁷⁶. Con el objeto de profundizar aún más en este enfoque, la SA identificó dos cuestiones: primero, si la ausencia de consentimiento y su conocimiento por parte del autor son elementos de la violación o si, por el contrario el consentimiento es una defensa; y segundo, si en efecto son elementos del crimen, se preguntó cómo deberían probarse⁵⁷⁷. Respecto a la primera la SA señaló, siguiendo lo dispuesto en *Kunarac*, que sí son elementos del crimen y rechazó la argumentación de la Fiscalía en relación a la Regla 96, entendiendo que ésta sólo debe interpretarse como una norma que define y recoge las circunstancias bajo las que la prueba del consentimiento será admisible. En relación a la segunda cuestión, por tanto, la SA afirmó que:

“The answers both Tribunals have given to this second question resolve as a practical matter the objections raised by the Prosecution with respect to the elements approach. The Prosecution can prove non-consent beyond reasonable doubt by proving the existence of coercive circumstances under which meaningful consent is not possible. As with every element of any offence, the Trial Chamber will consider all of the relevant and admissible evidence in determining whether, under the circumstances of

⁵⁷⁴ *Ibid.*, § 132.

⁵⁷⁵ “Rule 96: Rules of Evidence in Cases of Sexual Assault

In cases of sexual assault:

(i) Notwithstanding Rule 90 (C), no corroboration of the victim's testimony shall be required;

(ii) Consent shall not be allowed as a defence if the victim:

(a) Has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression; or

(b) Reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear;

(iii) Before evidence of the victim's consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber *in camera* that the evidence is relevant and credible;

(iv) Prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence or as defence.”

⁵⁷⁶ *Gacumbitsi*, ICTR-01-64-A, Judgment, 07-07-06, § 151.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, § 152.

the case, it is appropriate to conclude that non-consent is proven beyond reasonable doubt. But it is not necessary, as a legal matter, for the Prosecution to introduce evidence concerning the words or conduct of the victim or the victim's relationship to the perpetrator. Nor need it introduce evidence of force. Rather, the Trial Chamber is free to infer non-consent from the background circumstances, such as an ongoing genocide campaign or the detention of the victim⁵⁷⁸.

Así, la SA observó que si bien en algunas circunstancias el acusado podría presentar pruebas sobre el consentimiento concreto de la víctima, en virtud de la Regla 96 (ii) ese material será inadmisibile si la víctima ha sido sometida a fuerza o violencia, amenazas de fuerza u otras circunstancias coercitivas como la detención o la opresión psicológica, señalando que los jueces son libres de desestimar cualquier prueba admitida si concluyeran que el consentimiento dado bajo las circunstancias concretas no fue libre y voluntario⁵⁷⁹. Si bien esta línea ha sido la seguida hasta el reciente caso *Karadžić*⁵⁸⁰, cabe preguntarse si en el contexto de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra es realmente adecuado aplicar una definición de la violación basada en el consentimiento, siquiera de manera atenuada. Consideramos que, dadas las circunstancias en las que se comete la violación en el marco de los crímenes internacionales, ciertamente, no cabe dotar al consentimiento del más mínimo protagonismo en el análisis del crimen.

Al hilo de esta cuestión algunas voces muestran su oposición a considerar el consentimiento como un elemento del crimen, subrayando en su lugar la necesidad de centrar la atención en la coerción. Schomburg y Peterson estiman que las características de los crímenes de violencia sexual bajo el Derecho Internacional militan a favor de retirar el foco de atención del consentimiento como elemento del crimen. Así, consideran que si bien la decisión en el caso *Kunarac* merece reconocimiento por haber puesto de manifiesto que además de la coerción hay otros factores, como la intoxicación y el engaño, que pueden convertir el contacto sexual en un crimen de violencia sexual, opinan que estos factores únicamente pueden ser relevantes en el ámbito del Derecho interno—donde la fuerza y la coerción no son elementos como tal del crimen de violación—, pero nunca en el contexto de crímenes internacionales. Lo que convierte la violación en un acto constitutivo de crimen contra la humanidad, crimen de guerra o genocidio no es la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, sino el contexto en el que ésta se comete. En este sentido señalan que ningún factor puede reemplazar la coerción inherente a todos los crímenes internacionales ni

⁵⁷⁸ *Ibid.*, § 155.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, § 156.

⁵⁸⁰ *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Judgment, 24-03-16, § 511.

servir como argumento para considerar la falta de consentimiento un elemento de los crímenes sexuales en este contexto. Como mucho, exponen, el consentimiento sólo podría tratarse como una defensa presentada en casos excepcionales⁵⁸¹. En este sentido, la sentencia Bemba resulta muy relevante precisamente porque se aleja de la definición de la violación basada en el consentimiento.

4.1.1.2. La fuerza o coerción como elemento central del tipo penal

Empleando la definición de los Elementos de los Crímenes, la CPI subrayó en el caso *Bemba* que la ausencia de consentimiento por parte de la víctima no es un elemento legal del crimen en términos del ER y que los trabajos preparatorios del tratado demuestran que los redactores escogieron no exigir a la Fiscalía probar la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, entendiendo que en la mayoría de casos ese requisito menoscabaría los esfuerzos de llevar a los autores ante la justicia⁵⁸². Las juezas se centraron así en las posibles circunstancias recogidas en los Elementos de los Crímenes que constituyen la comisión del crimen⁵⁸³. De entre éstas tan sólo la última se refiere al consentimiento: “que la invasión se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento”, y la nota al pie de este elemento dispone que “se entiende que una persona es incapaz de dar su libre

⁵⁸¹ SCHOMBURG, Wolfgang, PETERSON, Ines, “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law” en *American Journal of International Law*, vol. 101, n° 1, 2007, p. 139: “Such an approach may differ from the practice under some domestic criminal laws, but it pays heed to the nature of international criminal law as a legal system *sui generis*. Statutes like those of the ad hoc Tribunals are “living instruments”; they have their own potential for effective action and need to be applied in the light of the realities of the situations they cover.”; MacKINNON, Catherine, “Defining Rape Internationally: A comment on *Akayesu*” en *Columbia Journal of International Law*, vol. 44, n° 3, 2006, p. 950. Igualmente, la Fiscalía del TIPR también mostró recientemente su preocupación en torno al consentimiento, señalando la conveniencia de rechazarlo en los contextos de conflicto armado y postconflicto. Véase *Prosecution of Sexual Violence: Best-Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-Conflict Regions-Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 30-01-14, p. 58: “Although the Gacumbitsi Appeal Chamber retained the victim’s lack of consent and the accused’s knowledge thereof as elements of the crime, there are strong reasons to reject these elements in conflict and post-conflict environments. Unlike in domestic crimes, the absence of consent is necessarily implied by the context of widespread oppression or violence in which rapes occur in conflict situations. The focus should be on the conditions of coercion and not the victim’s state-of-mind.” Disponible en el siguiente enlace: http://w.unictr.org/sites/unictr.org/files/legal-library/140130_prosecution_of_sexual_violence.pdf (última visita 18-05-17).

⁵⁸² *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 105.

⁵⁸³ EC, art. 7(1)(g)-1: “Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.”

consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad.” La CPI se aleja en este punto de la jurisprudencia *Kunarac* centrada en las circunstancias coercitivas que dominan o invalidan la libre voluntad de la víctima, ya que reconoce que ciertas personas, *ab initio*, son incapaces de consentir libremente independientemente de las circunstancias que rodeen el acto. Los Elementos parecen establecer una clara diferenciación entre las circunstancias y el consentimiento, algo que la sentencia Bemba confirma al señalar que cuando se prueba la fuerza, la amenaza de la fuerza o coerción o el haberse beneficiado de un ambiente coercitivo, la Fiscalía no necesita probar la ausencia de consentimiento por parte de la víctima⁵⁸⁴. De forma similar se expresaron los jueces en el caso *Katanga*:

“The Chamber notes that, save the very specific situation of a person whose ‘incapacity’ was ‘tak[en] advantage of’, the Elements of Crimes do not refer to the victim’s lack of consent, and therefore this need not be proven. The Elements of Crimes clearly seek to punish any act of penetration where committed under threat of force or of coercion, such as that caused by the threat of violence, duress, detention, psychological pressure or abuse of power or, more generally, any act of penetration taking advantage of a coercive environment. The establishment of at least one of the coercive circumstances or conditions set out in the second element is therefore sufficient alone for penetration to amount to rape within the meaning of articles 7(1)(g) and 8(2)(e)(vi) of the Statute.”⁵⁸⁵

De esta manera la CPI se desmarca de la jurisprudencia del TIPY iniciada con *Kunarac* tomando en consideración las circunstancias establecidas en los Elementos de los Crímenes en sus justos términos en lugar de entenderlas como factores que alteran el consentimiento de la víctima⁵⁸⁶. Además del empleo de la fuerza, amenaza o coacción, dichos Elementos también disponen que la invasión puede tener lugar ‘aprovechando un entorno de coacción’, y con el fin de aclarar lo que debe entenderse como tal, las juezas recurrieron a la jurisprudencia del TIPR, quien tuvo la ocasión de definir el concepto de ‘circunstancias coercitivas’ en el caso *Akayesu*:

“[C]oercive circumstances need not be evidenced by a show of physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and

⁵⁸⁴ *Ibid.*, § 106.

⁵⁸⁵ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, § 965.

⁵⁸⁶ GEKKER, Elena, “Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence” en *Hastings Women’s Law Journal*, vol. 25, n° 1, 2014, p. 125. En esta línea se expresó también Amnistía Internacional: “[T]he recognition of coercion as an essential element of the crime of rape and of other sexual crimes is a significant development because it recognizes an inequality between perpetrators and victims. The South African Law Commission has aptly described this development:

A shift from ‘absence of consent’ to ‘coercion’ represents a shift in the focus of the utmost importance from the subjective state of mind of the victim to the imbalance of power between the parties. This perspective also allows one to understand that coercion constitutes more than physical force or threat thereof, but may also include various other forms of exercise of power over another person: emotional, psychological, economical, social or organizational power.”

coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of Interahamwe among refugee Tutsi women at the bureau communal⁵⁸⁷.

Se trata de una definición que reconoce la realidad pluridimensional de la coerción en el contexto de un conflicto armado, entendiendo que ésta puede adquirir tanto la forma activa mediante acciones, como pasiva mediante las propias circunstancias⁵⁸⁸. En este sentido, la SPI III expuso en el caso *Bemba* que, además de la presencia de una fuerza militar hostil entre la población civil, hay otros factores que podrían contribuir a crear un entorno de coacción, como el número de personas implicadas en la comisión del crimen o consideraciones tales como cuándo fue cometida la violación, si durante el conflicto o inmediatamente después, o si fue cometida junto con otros crímenes⁵⁸⁹. Íntimamente ligado al *modus operandi*, el ‘entorno de coacción’ sugiere que en los conflictos armados las violaciones se materializan mediante múltiples actos no cometidos de manera aislada ni al azar, sino mediante actos que constituyen una línea de conducta, una “verdadera arma de guerra” cuyo objeto es tanto castigar y humillar a las víctimas (dimensión individual y privada de los bienes jurídicos conculcados), como desestabilizar sus familias y comunidades (dimensión colectiva y pública)⁵⁹⁰.

Aunque la sentencia *Kunarac* ya hacía referencia a las circunstancias coercitivas, se hacía en relación al consentimiento, centrando la atención en el efecto que éstas pudieran tener en la capacidad de la víctima para dar su consentimiento libremente. Por el contrario, esta nueva línea jurisprudencial desplegada por la CPI se centra en ese contexto coercitivo y en lo que pudo sentir la víctima al estar sumida en él, y no en su consentimiento, algo que se da por inexistente. No obstante, los Elementos de los Crímenes también señalan la posibilidad de que la violación haya podido cometerse ‘aprovechando el entorno de coacción’. Si bien la SPI III no desarrolla este concepto ni lo que entiende como tal, podría interpretarse como el reflejo del abuso de poder que lleva aparejado el crimen de violación en tiempos de conflicto armado y el concepto que engloba de manera más efectiva la totalidad del crimen, por encima del enfoque centrado en el consentimiento⁵⁹¹. Vendría a sintetizar, por tanto, la diversidad de

⁵⁸⁷ *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 02-09-98, § 688.

⁵⁸⁸ CLARK, Janine N., “The First Rape Conviction at the ICC” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, n° 3, 2016, p. 677.

⁵⁸⁹ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 104.

⁵⁹⁰ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *op. cit.*, p. 73.

⁵⁹¹ CLARK, Janine N., *op. cit.*, p. 678.

situaciones fácticas que restringen o anulan la autonomía sexual individual y la libertad de elección.

A pesar de estas cuestiones, hay quien entiende que este nuevo enfoque que presentan los Elementos y que ha confirmado la SPI III en el caso *Bemba* contradice lo dispuesto en la Regla 70 de las RPP de la CPI⁵⁹². Si bien aquéllos no contemplan el consentimiento como elemento del crimen de violación, la Regla 70 de las RPP parece ofrecer la opción de la defensa basada en el consentimiento:

“En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.”

Las juezas no discutieron esta norma, sólo hicieron mención a ella al señalar que, en su análisis de las pruebas, la Sala se guía por las Reglas 70 y 71 de las RPP, que presentan varios principios probatorios en casos de violencia sexual⁵⁹³. Sin embargo, la CPI ya hizo mención a la Regla 70 en el caso *Katanga*, donde que señaló que los Elementos de los Crímenes

“clearly seek to punish any act of penetration where committed under threat of force or of coercion, such as that caused by the threat of violence, duress, detention, psychological pressure or abuse of power or, more generally, any act of penetration taking advantage of a coercive environment. The establishment of at least one of the coercive circumstances or conditions set out in the second element is therefore sufficient alone for penetration to amount to rape within the meaning of articles 7(1)(g) and 8(2)(e)(vi) of the Statute.

The Chamber further notes that in terms of procedure, the Rules of Procedure and Evidence confirm this interpretation by stipulating the principles applicable to evidence in matters of sexual violence. Rule 70 of the said Rules stipulates, *inter alia*, that consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where force or coercion was used or advantage was taken of a coercive environment”⁵⁹⁴.

De estas líneas se puede extraer que no hay tal contradicción entre los Elementos de los Crímenes y la Regla 70 de las RPP, pues la última pone precisamente el énfasis en aquellas

⁵⁹² CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁹³ § 109.

⁵⁹⁴ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, §§ 965-966.

circunstancias que no admiten el consentimiento como defensa. Probada la coerción por tanto, en ningún caso cabrá defensa posible basada en el consentimiento.

4.1.2. La exposición del impacto del crimen y la responsabilidad del superior

Además de poner de manifiesto la irrelevancia del consentimiento de la víctima respecto al a la violación como crimen internacional, otra cuestión relevante de la sentencia de la SPI III es el espacio dedicado a las consecuencias de las violaciones cometidas por parte de las tropas de MLC tanto contra mujeres como contra hombres. Las juezas hicieron especial hincapié, como no se había hecho en la CPI en ninguna ocasión previa, en los daños físicos, psicológicos y sociales generados por las numerosas violaciones. Por ejemplo, la sentencia relata el caso de la testigo P80, que tras una violación múltiple ante la presencia de su familia, sufrió no solo heridas en la vagina, espalda, pelvis, riñones y ojos, sino que el daño físico fue acompañado del posterior estigma social y la burla causados por la violación⁵⁹⁵. Igualmente, la testigo P81 fue violada por cuatro soldados, lo que resultó en dolores abdominales y problemas para concebir⁵⁹⁶ y la violación múltiple causó a los testigos P23 y P69 daños severos en el recto⁵⁹⁷. La sentencia también se refirió a casos de contagio de VIH a través de las violaciones, tal y como sucedió durante el genocidio ruandés⁵⁹⁸ y a casos en los que este crimen generó comportamientos suicidas⁵⁹⁹. Sin embargo, más allá de señalar los numerosos daños físicos y psicológicos provocados por el crimen, resulta muy destacable el énfasis en las consecuencias socioeconómicas de las violaciones, entre las que se incluyen testimonios sobre estigma y exclusión social⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 488.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, § 492.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, §§ 494, 498.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, § 545.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, § 508.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, § 489: “(...) one of the soldiers seized P82, P23’s granddaughter who was aged between 10 and 13 years old, and took her outside, where soldiers hit her legs and knees with batons, and forced her onto the ground, before at least two of them took turns penetrating her vagina with their penises. Following the event, P82 had physical injuries to her vagina, suffered pain, and was socially excluded by other girls of her age.”; § 492: “P81 had abdominal pains, problems conceiving, and was socially stigmatized, being mocked and called a “Banyamulengué wife”; § 494: “(...) three perpetrators, by force, invaded P23’s body by penetrating his anus with their penises. After the events, P23 could not walk, as his anus was swollen and he was treated only with traditional leaves. People in his community disrespected him. He considered himself a ‘dead man’”; § 551: “When she regained consciousness, the other soldiers continued ‘raping’ her, while some of them held her to the ground. V1 was bleeding from her vagina. Twelve soldiers in total penetrated her vagina, anus, and mouth with their penises. At that time, the soldiers were armed with rifles. Afterwards, V1 had pain in her vagina and lungs,

Al hilo de esta cuestión cabría preguntarse en qué medida un tribunal internacional penal como la CPI está en posición de señalar y poner de manifiesto las consecuencias sufridas por las víctimas de violaciones masivas cometidas en un conflicto armado. Podría esgrimirse que introducir dichos elementos y referencias en una sentencia de esta índole es secundario o accesorio a la depuración de responsabilidades penales del acusado por el crimen de violación, o incluso que podría interferir con el derecho de éste a un juicio justo⁶⁰¹. También cabría argüir que explayarse en consideraciones emocionales y en las consecuencias de las atrocidades experimentadas tampoco sería beneficioso para los propios testigos, a riesgo de victimizarlos en exceso en lugar de considerarlos como supervivientes.

Tradicionalmente los procesos penales han obedecido a una lógica alejada de las víctimas y del daño sufrido, cuya finalidad exclusiva ha sido determinar la inocencia o culpabilidad del acusado. Señalar cuestiones más allá del ámbito penal podría abrir la puerta a manifiestar un sinfín de necesidades complejas que los tribunales ni pueden ni deben abordar. No obstante, como expone Dixon, los procesos penales se desarrollan de manera prácticamente ajena a la experiencia vivida por las víctimas, haciendo que éstas difícilmente puedan verse representadas:

“The imperatives of ‘order-building’ (obtaining convictions against the most legally and morally culpable, for the worst possible crimes, in the shortest possible time, with the fewest possible witnesses) leave little scope for stopping to listen and acknowledge what rape has meant for a particular victim. (...) there is no opportunity for women to speak about crimes of secondary victimization committed by their own intimates and communities. There is no discursive space to document the likelihood that the victims of rape will face other secondary harms such as rejection, depression, destitution and continuing prostitution. In the criminal process, women are treated as ‘witnesses’ rather than complainants in the prosecution of crimes of sexual violence against them, and have no ‘ownership’ of the process, which allows their stories to be heard”⁶⁰².

Asimismo, a esta cuestión se le debe sumar que la concepción tradicional de la violación como un acto que atenta contra el honor, presente en los Convenios de Ginebra y otros textos anteriores, se convirtió en una lacra al identificar estas conductas no sólo con el honor personal, es decir, el bien jurídico individual, sino también al identificarlas con el honor familiar o comunitario, esto es, el bien jurídico colectivo. De esta dualidad conceptual que

and psychological problems. She felt like she was no longer treated as a human being and was called the “Banyamulengú wife”; such stigmatisation in her community left her unemployed and unable to provide for her children.”

⁶⁰¹ CLARK, Janine N., *op. cit.*, p. 682.

⁶⁰² DIXON, Rosalind, “Rape as a Crime in International Humanitarian Law: where to from here?” en *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 3, 2002, p. 705.

caracteriza la violación en algunas culturas, se derivan los problemas reales que enfrentan las víctimas a título individual, a quienes la comunidad culpabiliza del daño sufrido y generado a la misma, así como de la deshonra de la comunidad y de la familia como consecuencia de la violación y su honor mancillado, lo que enfatiza “la imagen machista-paternalista de las mujeres en determinadas culturas que priorizan las víctimas colectivas sobre las individuales, que son olvidadas, cuando no socialmente excluidas”⁶⁰³.

Sin embargo, en el caso *Bemba* los testimonios de los testigos supusieron la visibilización, como no se había hecho anteriormente, de las consecuencias del uso de la violación como arma de guerra. A las víctimas se les individualiza y se les da la oportunidad de relatar su propia experiencia ante un tribunal. Estos testimonios, y con ellos el reflejo de la violencia sufrida, generan un espacio para un mayor reconocimiento y comprensión de sus necesidades, que tras el proceso penal deberá abordar en su respectivo ámbito el *Fondo Fiduciario para las Víctimas*, el órgano encargado de otorgar las reparaciones⁶⁰⁴. Además, llama nuestra atención positivamente la sensibilidad mostrada por las juezas en relación a los testigos, ya que, a pesar de que la Defensa esgrimiera inconsistencias y omisiones en algunos de los testimonios directos de violencia sexual— por ejemplo una víctima, no comunicó su violación al abogado de su familia por vergüenza, tan sólo a los investigadores de la CPI, y había incongruencias respecto a la veracidad de la edad de otra víctima en el momento de los abusos sexuales—, la Sala señaló que estas discrepancias no restaban valor a sus testimonios, apuntando que las inconsistencias pueden explicarse debido al tiempo transcurrido entre los eventos y el testimonio, las circunstancias traumáticas y las dificultades de presentar y relatar escenas personales ante la misma⁶⁰⁵. Así, el hecho de que la función de la CPI sea depurar responsabilidades penales por los crímenes más atroces no impide que sus procesos busquen ser gradualmente más sensibilizadores. Sentencias como la de Bemba son necesarias para las comunidades en las que el estigma tras la violencia sexual está tan socioculturalmente arraigado, ya que el potencial que indirectamente pueden desplegar estas decisiones para reducir estas consecuencias, al menos a medio o largo plazo, es incuestionable.

⁶⁰³ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, “Los crímenes sexuales en los conflictos armados” en Esperanza Orihuela Calatayud (Coord.), *Crímenes Internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 79-80.

⁶⁰⁴ Para un exhaustivo estudio sobre la participación de las víctimas en los procesos ante la CPI véase ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *Las víctimas y la Corte Penal Internacional: análisis de la participación de las víctimas ante la Corte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

⁶⁰⁵ ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 492.

Por último, cabe destacar que la Sala también abordó los motivos subyacentes a los crímenes cometidos por las tropas del MLC que estaban bajo el mando de Bemba y determinó que éstas perseguían el objetivo de castigar a los civiles por su apoyo al enemigo, para lo cual empleaban la violación y el pillaje, haciendo de estas líneas de conducta una manera de autocompensación en respuesta a una remuneración insuficiente⁶⁰⁶. Las víctimas de las violaciones eran, a ojos de las juezas, el botín de guerra empleado para humillar, castigar y desestabilizar las comunidades⁶⁰⁷. Si bien, como sabemos, los motivos que empujan a un criminal a cometer las atrocidades no son de interés para un tribunal penal, en este caso la CPI hizo hincapié en los motivos socioeconómicos no para justificar ni restar peso a los actos en sí, sino para ubicar la complejidad de su comisión en un contexto operacional cuyo responsable era precisamente el acusado Bemba. En este sentido, los motivos observados por la Sala deben entenderse en el marco de la forma de responsabilidad imputada al condenado, es decir, el art. 28 del ER, en virtud del cual, Bemba, como presidente y comandante jefe de las tropas del MLC, tenía obligación de prevenir y perseguir los crímenes cometidos por sus subordinados. Bemba no fue acusado de ordenar o cometer por sí mismo crímenes de violencia sexual, sino de no prevenir y castigar las actuaciones de las tropas que tenía bajo su control, en relación a las cuales la falta de medidas por su parte fue, en opinión de las juezas, lo que propició y contribuyó directamente a la comisión de los crímenes.

De esta manera, éstas entendieron que el hecho de que las tropas violaran y saquearan a la población civil en parte por considerar que no estaban adecuadamente pagados y que no recibían los alimentos necesarios, era un indicativo importante de que Bemba no adoptó todas las medidas necesarias y razonables dentro de su competencia para prevenir y reprimir los crímenes. De hecho, la sala señaló que “if the soldiers had received adequate payment and rations, the risk that they would pillage or rape for self-compensation, and murder those who resisted, would have been reduced, if not eliminated. The Chamber recalls in this regard its finding in relation to Mr Bemba’s control over the MLC’s financial resources”⁶⁰⁸. Asimismo, la sala enumeró las medidas que Bemba podría haber adoptado para evitar los acontecimientos, como asegurarse de que sus soldados recibieran una formación adecuada en DIH, iniciar las investigaciones pertinentes sobre los crímenes cuya comisión era puesta en su conomiento, así como emitir órdenes claras y taxativas a las tropas en la RCA para prevenir

⁶⁰⁶ *Ibid.*, § 678.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, § 567.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, § 739.

los crímenes o apartar de las filas a quienes los hubieran cometido, entre otras⁶⁰⁹. Esto supone que, a diferencia de lo dispuesto en la jurisprudencia previa de otros tribunales, el hecho de que el proceso penal deba centrarse en los crímenes cometidos contra las víctimas y no en los autores ni en sus motivos⁶¹⁰, no implica que los jueces no puedan poner de manifiesto las medidas que los comandantes deben tomar para minimizar su comisión y, por ende, para proteger a las víctimas potenciales de atrocidades similares. Esta condena se trata sin duda de un hito, pues representa no sólo un paso adelante en la inadecuada lucha que históricamente se ha hecho contra la violencia sexual, sino también un punto de inflexión en el decepcionante historial de la CPI respecto a este tipo de violencia.

4.2. La distinción entre el crimen de esclavitud sexual y el matrimonio forzado

Al igual que el crimen de violación, la esclavitud sexual como crimen contra la humanidad y crimen de guerra está adquiriendo gran relevancia en la jurisprudencia reciente de la CPI. Si bien por el momento no ha sido sancionado en ninguna ocasión, sí ha sido un cargo imputado y confirmado en tres ocasiones. En el caso *Katanga* la SCP I confirmó la comisión de esclavitud sexual en el marco del conflicto armado de carácter interno que sacude la RDC, realizando así la primera aproximación a la interpretación de este crimen a pesar de no ser posteriormente confirmado en el juicio oral por no poder establecer la responsabilidad penal individual del acusado. Asimismo, en los casos *Ntaganda* y *Ongwen* la esclavitud sexual ha sido confirmada por las SCPs, y si bien ambos continúan en la fase de juicio oral, ya son varias las novedades que aporta la jurisprudencia de la CPI al respecto. En las páginas que siguen a continuación se abordará esta cuestión haciendo hincapié en el caso *Ongwen* debido a sus particularidades en relación con el matrimonio forzado como crimen contra la humanidad, imputado y confirmado al amparo del art. 7(1)(k) del ER.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, § 729.

⁶¹⁰ *Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15-07-99, § 268: “One reason why the above cases do not refer to “motives” may be, as the Defence has suggested, that “the issue in these cases was not whether the Defendants committed the acts for purely personal motives”. The Appeals Chamber believes, however, that a further reason why this was not in issue is precisely because motive is generally irrelevant in criminal law, as the Prosecution pointed out in the hearing of 20 April 1999: ‘For example, it doesn’t matter whether or not an accused steals money in order to buy Christmas presents for his poor children or to support a heroin habit. All we’re concerned with is that he stole and he intended to steal, and what we’re concerned with ... here is the same sort of thing. There’s no requirement for non-personal motive beyond knowledge of the context of a widespread or systematic act into which an accused’s act fits. The Prosecutor is submitting that, as a general proposition and one which is applicable here, motives are simply irrelevant in criminal law.’”

El ER es el primer tratado que sanciona la esclavitud sexual como crimen contra la humanidad (art. 7(1)(g)) y como crimen de guerra, ya sea cometido en el contexto de un conflicto armado internacional (art. 8(2)(b)(xxii)) o en el de un conflicto armado de carácter interno (art. 8(2)(e)(vi)). Según lo dispuesto en los Elementos de los Crímenes, el crimen de esclavitud sexual se define de la siguiente manera:

- “1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.
2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.”

Cuando la Comisión Preparatoria comenzó a debatir sobre el contenido que debía adoptar el crimen de esclavitud sexual en el ER no se disponía de jurisprudencia internacional que abordara concretamente la esclavitud sexual, ni siquiera por parte de los tribunales *ad hoc*. No obstante, la entonces Relatora Especial Mc Dougall⁶¹¹, consideró que lo apropiado era definir la esclavitud sexual tomando como referencia lo dispuesto en la Convención sobre la Esclavitud adoptada en 1926⁶¹² en la medida en que este tratado contenía ya la primera definición general de la esclavitud y contaba con una amplia aceptación⁶¹³. A pesar de tratarse de un crimen producido reiteradamente durante la práctica totalidad de los conflictos armados, su sanción es relativamente reciente, iniciándose con el TIPY y el TESL. Así, este crimen emergió con toda su crudeza en el conflicto de la antigua Yugoslavia, abordándose por primera vez en el caso *Kunarac*. El Estatuto del TIPY no recogía la esclavitud sexual como crimen autónomo, de manera que el tribunal sancionó los hechos como crímenes contra la humanidad de violación, esclavitud y atentados contra la dignidad personal⁶¹⁴, determinando

⁶¹¹ E/CN.4/Sub.2/1998/13, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 50º período de sesiones, La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial. Acceso al documento en el siguiente enlace: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/128/84/PDF/G9812884.pdf?OpenElement> (última visita 18-05-17).

⁶¹² *Convención sobre la Esclavitud*, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y en vigor desde el 9 de marzo de 1927.

⁶¹³ Para un análisis sobre el proceso de elaboración e inclusión de este crimen en el ER véase BOU FRANCH, Valentín, “El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los ‘matrimonios forzados’” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, 2015, pp. 65-114.

⁶¹⁴ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *op. cit.*, p. 82.

que la esclavitud, incluso estando basada en explotación sexual, es un crimen distinto del de violación⁶¹⁵.

Como veremos, el TESL por su parte ya ha emitido condenas en relación a la esclavitud sexual, aunque su Estatuto sólo prevé este delito como crimen contra la humanidad y no como crimen de guerra. Actualmente la esclavitud sexual está siendo objeto de un intenso tratamiento jurisprudencial, ya que, como muestra la situación de mujeres y niñas capturadas por grupos como el Estado Islámico en Irak o Siria, Boko Haram en Nigeria, o los grupos armados que la practican en la RDC, Uganda o Sierra Leona, se trata de una de las formas de violencia sexual más recurrente en los conflictos armados actuales⁶¹⁶. Si bien está siendo imputada y analizada en varios casos de la CPI, las siguientes líneas van a centrarse en explorar la esclavitud sexual desde el prisma que introduce el reciente fenómeno de los matrimonios forzados en la práctica de este tribunal, un crimen que se sancionó por primera vez en el TESL y que por el momento carece un instrumento internacional autónomo en el Derecho Internacional Penal que lo penalice. No obstante, la práctica de los matrimonios forzados no es un fenómeno reciente, pues ésta estuvo presente durante el régimen de los jemes rojos y más recientemente en algunos conflictos africanos, siendo también una práctica habitual en el *modus operandi* del Estado Islámico. La novedad no es, por tanto, su constatación, sino su consideración por parte de los tribunales penales internacionales para sancionar a sus autores⁶¹⁷.

Se trata de un acto que hasta fechas recientes no ha sido analizado ni tenido en cuenta por la justicia internacional como constitutivo de un crimen contra la humanidad. El primer tribunal en considerarlo como un crimen autónomo ha sido el TESL y su aportación ha sido sin duda esencial para la CPI, quien siguiendo sus pasos ha confirmado recientemente este cargo contra Dominic Ongwen, ex miembro del ERS, en marzo de 2016⁶¹⁸. Se trata del primer acusado ante la CPI en enfrentarse a un número tan elevado de cargos, concretamente 70, de los cuales 19 son relativos a la violencia sexual y de género cometidos directamente e

⁶¹⁵ *Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment, 12-06-02, § 186. Véase ASKIN, Kelly D., “A decade of the development of Gender Crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003” en *Human Rights Brief*, 11 n° 3, 2004, pp. 16-19; *Ídem.*, *War Crimes against Women, prosecution in international war crimes tribunals*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1997.

⁶¹⁶ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *op. cit.*, p. 82.

⁶¹⁷ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *op. cit.*, p. 119.

⁶¹⁸ *ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen*, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16, §§ 86-95.

indirectamente. Sin embargo, si bien puede constatarse un gran avance en materia de crímenes sexuales y de género, dados los diversos cargos de esta tipología confirmados contra este acusado, el matrimonio forzado aún debe consolidarse como un acto constitutivo de un crimen contra la humanidad. Como veremos, las discrepancias entre las salas y los jueces del TESL, no han desembocado en una interpretación uniforme en lo que a la configuración y naturaleza de este crimen se refiere. Así, se mantienen hasta la actualidad la interpretación que defiende el carácter sexual del matrimonio forzado, de un lado, y la que lo considera otro acto inhumano, de otro.

Tratándose de un crimen que ha permanecido silenciado durante años y que viene afectando esencialmente a mujeres y niñas en contextos de conflictos armados, resulta de vital interés analizar el origen jurisprudencial de este crimen con el propósito de determinar sus elementos constitutivos, tratando de contribuir al fin de la impunidad de sus autores ante la CPI, ya que es evidente que aunque no se recoja explícitamente en el ER, es una práctica habitual y extendida en situaciones sobre las que este tribunal es competente.

4.2.1. La calificación jurídica del matrimonio forzado como esclavitud sexual y como ‘otro acto inhumano’ en el Tribunal Especial para Sierra Leona

Como se ha adelantado, la jurisprudencia del TESL respecto al matrimonio forzado ha sido pionera al igual que controvertida en el desarrollo de este acto como crimen contra la humanidad, concretamente con los casos contra miembros de los grupos rebeldes del AFRC⁶¹⁹ y del RUF⁶²⁰ que actuaron en Sierra Leona en la década de los años noventa. Al igual que sucede con el ER, el Estatuto del TESL tampoco recogió el matrimonio forzado como acto constituyente de un crimen internacional autónomo⁶²¹, de modo que la Fiscalía del TESL imputó este acto como crimen contra la humanidad bajo la categoría de ‘otros actos inhumanos’ en aplicación del art. 2(i) de su Estatuto en el caso AFRC, el primero en el que el matrimonio forzado se presentaba ante un tribunal internacional y bajo esa nomenclatura⁶²².

⁶¹⁹ *Brima et al.*, SCSL-04-16-T, Judgment, 20-06-07, caso AFRC.

⁶²⁰ *Sesay et al.*, SCSL-04-15-T, Judgment, 02-03-09, caso RUF.

⁶²¹ Artículos 2-5 del Estatuto del TESL.

⁶²² FRULLI, Micaela, “Advancing International Criminal Law. The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a ‘New’ Crime against Humanity” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n° 5, 2008, p. 1034.

Hasta entonces, los tribunales *ad hoc* habían considerado como ‘otros actos inhumanos’ conductas tales como el traslado forzoso, el desnudo forzado, el sometimiento de mujeres a la realización de tareas en estado de desnudez, las desapariciones forzadas, la tortura, la violencia sexual, la humillación, el acoso u hostigamiento, el abuso psicológico o el confinamiento en condiciones inhumanas⁶²³, pero el matrimonio forzado nunca había sido planteado en esas instancias como tal.

La Fiscalía del TESL sostuvo que este crimen “consists of words or other conduct intended to confer a status of marriage by force or threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against the victim, or by taking advantage of a coercive environment, with the intention of conferring the status of marriage”⁶²⁴. Asimismo, defendió que estos actos difieren de los de carácter sexual porque fuerzan a una persona a la apariencia de un matrimonio mediante amenaza u otra coerción, de modo que aunque el matrimonio forzado habitualmente implique actividades sexuales, guarda sus propias características distintivas y es lo suficientemente grave como para calificarlo de acto inhumano. Igualmente, subrayó que la esclavitud sexual no necesariamente se convierte en un matrimonio forzado, ya que la víctima de esclavitud sexual no está obligada a pretender ser la ‘esposa’ del criminal ni a realizar las tareas asociadas al matrimonio, obligaciones que sí debe cumplir la víctima del matrimonio forzado⁶²⁵.

Respecto a la calificación de la Fiscalía del matrimonio forzado como ‘otro acto inhumano’ Bou Franch señala que “conforme a una jurisprudencia consolidada, el crimen de otros actos inhumanos de gravedad similar es una categoría penal residual, que debe necesariamente interpretarse como otros actos, similarmente graves, no calificables como los crímenes de lesa humanidad expresamente prohibidos en el artículo 2 de su Estatuto”⁶²⁶. Así pues, a diferencia de lo expuesto y solicitado por la Fiscalía, el TESL, en la primera sentencia del caso *AFRC* contra Brima, Kamara y Borbor Kanu, determinó por mayoría que todas las pruebas presentadas en relación a los matrimonios forzados estaban completamente subsumidas en el crimen contra la humanidad de esclavitud sexual recogido en el art. 2(g) del

⁶²³ La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* relativa a ‘otros actos inhumanos’ fue sintetizada por la SA del TESL en el caso *Brima et al.*, SCSL-04-16-A, Judgment, 22-02-08, §182.

⁶²⁴ *Brima et al.*, SCSL-04-16-T, Judgment, 20-06-07, § 701.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ BOU FRANCH, Valentín, *op. cit.*, p. 86.

Estatuto⁶²⁷. Contrariamente, en instancia de apelación la SA del TESL determinó que el matrimonio forzado sí constituía un crimen contra la humanidad de índole no sexual bajo la categoría de ‘otros actos inhumanos’ y por consiguiente, un crimen independiente del de esclavitud sexual. El origen del desacuerdo entre ambas salas reside en la diferente concepción de los actos que componen el matrimonio forzado, concretamente en la implicación y alcance del componente sexual y por tanto la calificación jurídica del mismo. Por un lado, la mayoría de la SPI II al considerar que el matrimonio forzado encaja en el crimen de esclavitud sexual⁶²⁸, no estimaba que existiese ninguna laguna jurídica que exigiera señalarlo como un cargo separado de aquél⁶²⁹. Asimismo, ésta observó que la Fiscalía, que afirmaba el carácter consuetudinario de la categoría de ‘otros actos inhumanos’⁶³⁰, no había logrado aportar ninguna prueba que demostrase que el matrimonio forzado no se incluía en el ya criminalizado crimen de esclavitud sexual. Basándose en los Elementos de los Crímenes del ER, la SPI II del TESL definió un ‘acto inhumano’ constituyente de un crimen contra la humanidad de la siguiente manera, atendiendo por supuesto a los elementos contextuales:

- “1. The perpetrator inflicted great suffering or serious injury to body or to mental or physical health, by means of an inhumane act;
2. The act was of a gravity similar to the acts referred to in Article 2(a) to (h) of the Statute; and
3. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established the character of the gravity of the act”⁶³¹.

Dado el carácter residual de la categoría de ‘otros actos inhumanos’, cuya finalidad es la de evitar una restricción excesiva de la aplicación del ER en relación a los crímenes contra la humanidad, la mayoría entendió en primera instancia que el matrimonio forzado únicamente podría encajar en esta categoría si no fuera posible incluirlo en otro de los crímenes previstos en el art. 2 del Estatuto del TESL. Así, tras examinar todo el material probatorio señaló que no podían constatarse elementos diferenciados de carácter no sexual que distinguieran el matrimonio forzado del crimen de esclavitud sexual recogido en el art. 2(g)⁶³², crimen que definió con los siguientes elementos:

⁶²⁷ *Brima et al*, SCSL-04-16-T, Judgment, 20-06-07, § 711.

⁶²⁸ La opinión de la mayoría respecto al matrimonio forzado comprende las opiniones de los jueces Sebutinde y Lussick. En cambio, la jueza Doherty se posicionó a favor de la Fiscalía y por tanto apoyó el enjuiciamiento del matrimonio forzado bajo la categoría de ‘otros actos inhumanos’.

⁶²⁹ *Brima et al*, SCSL-04-16-T, Judgment, 20-06-07, § 713.

⁶³⁰ *Ibid.*, § 701: “The Prosecution maintains that the question of the status of forced marriage as a crime under customary international law does not arise, since the crime charged is “other inhumane acts”, the customary law status of which is clearly established.”

⁶³¹ *Ibid.*, § 698 en referencia al art. 7(1)(k) de los Elementos de los Crímenes.

⁶³² *Ibid.*, §§ 703-704.

- “1. The perpetrator exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty.
2. The perpetrator caused such person or persons to engage in one or more acts of a sexual nature;
3. The perpetrator committed such conduct intending to engage in the act of sexual slavery or in the reasonable knowledge that it was likely to occur”⁶³³.

Así pues, la SPI II determinó que, en el contexto del conflicto de Sierra Leona, los matrimonios forzados cumplían estos elementos, entendiendo que implicaban el secuestro y retención de mujeres por parte de las tropas AFRC durante las hostilidades y que creaban una situación de la que éstas no podían huir debido al temor a ser perseguidas. Igualmente, consideró que los rebeldes ejercían un control pleno sobre éstas, categorizándolas como sus ‘esposas’ como si de una relación de propiedad se tratara, puesto que ejercían el control sobre su sexualidad y sus movimientos, privándolas así de toda libertad al tiempo que eran forzadas a realizar diversas labores⁶³⁴. Asimismo, en opinión de los jueces el término ‘esposa’ no connotaba ninguna intención de establecer una relación marital o cuasi marital con derechos y obligaciones mutuos, sino que se asemejaba más a un símbolo de propiedad sobre las víctimas⁶³⁵. Sin embargo, Jain apunta que si bien la Fiscalía no probó ningún caso en el que las situaciones de matrimonio forzado no presentaran también esclavitud sexual, la decisión de la mayoría tampoco demostraba que ésta fuera el único componente del cargo de matrimonio forzado. En otras palabras, el hecho de que la SPI II no diera la importancia debida al trauma que el propio estatus de ‘esposa de un rebelde’ podía generar a la víctima constituía una determinación injustificada y no corroborada, realizando una lectura que en definitiva no abordaba adecuadamente la complejidad del crimen⁶³⁶.

Al hilo de esta cuestión, si bien es cierto que en su voto particular concurrente apoyado en informes de expertos la jueza Sebutinde aportó un desarrollo interesante respecto a la diferenciación entre los matrimonios forzados y los concertados⁶³⁷, finalmente subrayó el abuso de tipo sexual como principal componente del primero, incluyendo éste en el de esclavitud sexual⁶³⁸. En cambio, en su voto particular parcialmente contrario la jueza Doherty,

⁶³³ *Ibid.*, § 708 en referencia al art. 7(1)(g)-2 de los Elementos de los Crímenes.

⁶³⁴ *Ibid.*, s§ 708-711.

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ JAIN, Neha, “Forced marriage as a Crime against Humanity. Problems of definition and prosecution” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, nº 5, 2008, pp. 1017-1018.

⁶³⁷ *Brima et al.*, SCSL-04-16-T, Judgment, 20-06-07, Separate Concurring Opinion of the Hon. Justice Julia Sebutinde appended to judgment pursuant to Rule 88 (C), §§ 8-12.

⁶³⁸ JAIN, Neha, *op. cit.*, p. 1019: “Due to their overwhelming focus on the sexual aspect of the crime of forced marriage in Sierra Leone, neither the decision, nor the Separate Opinion, adequately evaluated other important

además de compartir la opinión de su colega sobre la necesaria distinción entre ambos tipos de matrimonios, diferenció el primero de la esclavitud sexual, señalando como elemento crucial de aquél el trauma mental y moral que deriva de la imposición, bien por coerción bien por la fuerza, de una asociación conyugal forzada entre el criminal y la víctima, asociación que, a su juicio, anula la voluntad y el derecho de autodeterminación de ésta⁶³⁹. Consideró pues que la conducta del matrimonio forzado no implica necesariamente elementos de violencia física como la esclavitud o la violación, aunque observó que la constatación de éstas serviría para probar la falta de consentimiento de la víctima⁶⁴⁰.

Así, tras evaluar las pruebas periciales y los testimonios de varios testigos, Doherty se adhirió a la postura de la Fiscalía, haciendo hincapié en las consecuencias físicas y mentales que el matrimonio forzado por sí mismo genera, alejándose del enfoque sexual esgrimido por sus compañeros y señalando al mismo tiempo el estigma como uno de los elementos distintivos que se derivan de este crimen⁶⁴¹. En este sentido, al abordar si la conducta del matrimonio forzado podría clasificarse como ‘otro acto inhumano’ sobre la base del sufrimiento mental o físico que inflige y la gravedad similar a los actos referidos en el art. 2(a)-(h) del Estatuto del TESL, Doherty se apoyó en tratados internacionales y legislaciones domésticas y concluyó que en efecto se cumplen el *actus reus* y la *mens rea* de esta categoría, y que, en consecuencia, el matrimonio forzado merecía un cargo independiente del de esclavitud sexual. Sin embargo, la jueza no precisó los elementos de conducta que, cumulativamente, constituirían el crimen de matrimonio forzado⁶⁴².

La postura de la jueza Doherty inspiró la posterior decisión de la SA en ese mismo caso, en la que de forma unánime se abordaron las siguientes cuestiones: i) si la clasificación de crímenes sexuales bajo el art. 2(g) del Estatuto del TESL excluía crímenes de naturaleza sexual de la categoría de ‘otros actos inhumanos’; ii) si el matrimonio forzado podía

elements that constituted forced marriage in Sierra Leone. This is despite the Prosecution having emphasized several other aspects of this novel crime, namely the imposition of conjugal status by coercion, forced labour, reduction to a servile status, the practical impossibility of seeking familial assistance or attempting escape and the widespread discrimination against bush wives which fuels prejudice against them in the community.”

⁶³⁹ *Brima et al.*, SCSL-04-16-T, 20-06-07, Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty, §s 53, 69.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, § 52.

⁶⁴¹ *Ibid.*, §s 33, 48: “Serious psychological and moral injury follows ‘forced marriage’. Women and girls forced to associate with and in some cases live together with men whom they may fear or despise. Further, the label ‘wife’ may stigmatise the victims and lead to their rejection by their families and community, negatively impacting their ability to reintegrate into society and thereby prolonging their mental trauma.”

⁶⁴² JAIN, Neha, *op. cit.*, p. 1020.

distinguirse de la esclavitud sexual; y iii) si el matrimonio forzado cumplía los elementos de los crímenes considerados como ‘otros actos inhumanos’. La SA señaló que a pesar de que la Fiscalía incluyera el matrimonio forzado en la sección relativa a la violencia sexual en el acta de acusación, la SPI II debería de haberlo considerado como un crimen no sexual y separado⁶⁴³. Respecto a la primera cuestión los jueces de apelación subrayaron el carácter residual de la disposición, cuyo objetivo es evitar una restricción indebida de conductas que pueden ser consideradas como crímenes contra la humanidad siempre y cuando sean de gravedad comparable a las previstas en ese apartado, para lo que expuso abundante jurisprudencia internacional⁶⁴⁴ con el fin de justificar la gravedad similar del acto.

De esta manera, aunque la SA admitió que una interpretación demasiado amplia de la categoría de ‘otros actos inhumanos’ podría resultar en un crimen difuso y de difícil constatación, defendió que la enumeración de crímenes sexuales bajo el art. 2(g) en ningún caso puede excluir actos con componentes sexuales o de género de la categoría de ‘otros actos inhumanos’⁶⁴⁵. Al hilo de esta cuestión, Frulli o Jain, aun mostrándose de acuerdo con la SA en términos generales, estiman que ésta no hizo referencia a la naturaleza multinivel que caracteriza al crimen de matrimonio forzado, acto que incluye elementos no sexuales comparables a violaciones de la dignidad humana⁶⁴⁶, consideraciones que a su juicio merecían más atención por parte de los jueces de apelación. En cuanto a la segunda cuestión, la SA distinguió el matrimonio forzado de la esclavitud sexual esgrimiendo que si bien el primero puede implicar sexo no consentido y privación de libertad—elementos ambos del crimen de esclavitud sexual—, contiene elementos adicionales, subrayando especialmente la exclusividad del vínculo entre la víctima y el criminal y por lo tanto sumándose a la postura previamente defendida por Doherty:

“Based on the evidence on record, the Appeals Chamber finds that no tribunal could reasonably have found that forced marriage was subsumed in the crime against humanity of sexual slavery. While forced marriage shares certain elements with sexual slavery such as non-consensual sex and deprivation of

⁶⁴³ *Brima et al.*, SCSL-2004-16-A, Judgment, 22-02-08, § 181.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, §§ 183-184, en referencia al caso Akayesu, entre otros, para mostrar jurisprudencia previa respecto a los actos que han sido considerados inhumanos y por tanto incluidos en la categoría residual de los crímenes contra la humanidad.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, §§ 185-186.

⁶⁴⁶ FRULLI, Micaela, *op. cit.*, p. 1036: “It may involve rape, sexual slavery, forced pregnancy, forced domestic labour, that taken individually may amount to crimes against humanity. However, the practice of forced marriage as it was extensively carried out in Sierra Leone is not fully described by any of the single crimes enumerated in the SCSL Statute.”; JAIN, Neha, *op. cit.*, p.1021: “To pigeon hole them into the category of sexual offences betrays a failure to understand the offences in all their complexity, and underestimates the severity and kinds of suffering they can result in for the victims.”

liberty, there are also distinguishing factors. First, forced marriage involves a perpetrator compelling a person by force or threat of force, through the words or conduct of the perpetrator or those associated with him, into a forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of the victim. Second, unlike sexual slavery, forced marriage implies a relationship of exclusivity between the “husband” and “wife,” which could lead to disciplinary consequences for breach of this exclusive arrangement. These distinctions imply that forced marriage is not predominantly a sexual crime. The Trial Chamber, therefore, erred in holding that the evidence of forced marriage is subsumed in the elements of sexual slavery”⁶⁴⁷.

Finalmente, la SA determinó que se cumplían los elementos de los crímenes considerados como ‘otros actos inhumanos’ al entender que el matrimonio forzado inflige daños físicos graves así como sufrimiento moral y psicológico a largo plazo y que por lo tanto puede equipararse a la violación, la esclavitud o la tortura en términos de gravedad ⁶⁴⁸. Adhiriéndose al acta de acusación de la Fiscalía, concluyó que el matrimonio forzado encajaba en la categoría de ‘otros actos inhumanos’ constituyentes de crímenes contra la humanidad y sentó así un precedente histórico en materia de crímenes de género ⁶⁴⁹, aunque lamentablemente en este caso no surtiera ninguna condena a tales efectos.

La sentencia de la SA reforzó la estrategia del fiscal en el caso *RUF*, en el que presentó cargos sobre matrimonios forzados bajo las categorías de crimen contra la humanidad de esclavitud sexual, crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos de gravedad similar y crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal, que en esta ocasión fueron confirmadas por la SPI I ⁶⁵⁰ y por la SA ⁶⁵¹. Se trata de una sentencia significativa por ser la primera vez que un tribunal internacional o mixto ha condenado el crimen del matrimonio forzado—en este caso bajo la figura de ‘otro acto inhumano’—y la esclavitud sexual. Esta jurisprudencia supuso así la aparición de un nuevo crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos: el resultante de la práctica de los matrimonios forzados, que nunca había sido regulado en ningún tratado ni contemplado en la jurisprudencia internacional previa ⁶⁵².

No obstante, estas decisiones no están exentas de controversia. Con el fin de respaldar el establecimiento de la esclavitud sexual y el matrimonio forzado, la SPI I empleó las mismas pruebas, las relativas a la violencia sexual, algo que enturbiaba la distinción entre ambos

⁶⁴⁷ *Brima et al.*, SCSL-2004-16-A, Judgment, 22-02-08, §s 195.

⁶⁴⁸ *Ibíd.*, §s 200-201.

⁶⁴⁹ NGUYEN, Frances, “Untagling sex, marriage, and other criminalities in forced marriage” en *Goettingen Journal of International Law*, vol. 6, n° 1, 2014, p. 29.

⁶⁵⁰ *Sesay et al.*, SCSL-2004-15-T, Judgment, 02-03-09.

⁶⁵¹ *Sesay et al.*, SCSL-04-15-A, Judgment, 26-10-09.

⁶⁵² BOU FRANCH, Valentín, *op. cit.*, p. 93.

crímenes y dejaba sin esclarecer los elementos específicos que definen al último⁶⁵³. Sin embargo, dado que la Fiscalía había imputado a los acusados este delito bajo la forma de acto inhumano, la SPI I debía evaluar el matrimonio forzado según los parámetros que forman esta categoría, aunque no expuso los elementos que definían de manera específica este crimen⁶⁵⁴. En su lugar, ofreció su interpretación del matrimonio forzado enumerando ejemplos concretos tales como las relaciones conyugales forzadas con soldados de las RUF, la pretensión de relaciones sexuales a voluntad del ‘esposo’ y la exclusividad de éstas, la obligación de realizar tareas domésticas, de dar a luz a los hijos resultantes de esas relaciones sexuales no consentidas o el sometimiento total de la víctima a la voluntad del ‘esposo’⁶⁵⁵, elementos que ciertamente son fácilmente atribuibles también al crimen de esclavitud sexual. Así, de las decisiones de la SA sobre los casos AFRC y RUF se desprende que el matrimonio forzado: 1) ni es necesariamente de naturaleza sexual, ni el sexo no consentido es necesariamente un elemento del crimen; 2) incluye privación de libertad; sexo no consentido; la obligación por la fuerza, amenaza de fuerza o coacción a servir como pareja conyugal; y la relación de exclusividad que incluye consecuencias disciplinarias en caso de incumplimiento; 3) genera un daño físico, mental o psicológico severo a las víctimas.

Sin embargo, esta línea jurisprudencial volvió a cambiar con el caso *Taylor*. Tras un cambio en la dirección de la Fiscalía, en este asunto no se imputaron los matrimonios forzados bajo la rúbrica de crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos, sino que sólo se presentaron cargos por crimen contra la humanidad de esclavitud sexual y crimen de guerra de ultrajes contra la dignidad personal. No obstante, dado que quedó en manos de la

⁶⁵³ GEKKER, Elena, *op. cit.*, p. 130, en referencia a los siguientes apartados 1293-1294 de la sentencia del caso RUF: “The Chamber concludes from the evidence pertaining to Koidu and Wenedu that a consistent pattern of conduct existed towards women who were forced into conjugal relationships. These “wives” were “married” against their will, forced to engage in sexual intercourse and perform domestic chores, and were unable to leave their “husbands” for fear of violent retribution. The Chamber is satisfied that the “husbands” were aware of the power exercised over their “wives” and therefore were aware that their “wives” did not genuinely consent to the “marriage” or perform conjugal “duties” including sexual intercourse and domestic labour of their own free volition.

The Chamber is accordingly satisfied that the perpetrators intended to deprive the women of their liberty by exercising powers attaching to the right of ownership over them, including by forcing the women to engage in acts of a sexual nature. The Chamber thus finds that in February to May 1998, the AFRC/RUF rebels forced an unknown number of women into sexual slavery in Koidu; that RUF rebels forced an unknown number of women into sexual slavery in Wenedu; and that an RUF member forced TF1-016 and her daughter into sexual slavery in Kissi-Town, as charged in Count 7.”

⁶⁵⁴ OOSTERVELD, Valerie, “The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments” en *Cornell International Law Journal*, vol. 44, n° 1, p. 65.

⁶⁵⁵ *Sesay et al.*, SCSL-2004-15-T, Judgment, 02-03-09, §s 460, 1154-1155, 1211-1213, 1293, 1295, 1413, 1460, 1472.

SPI II, la misma que en el caso *AFRC* había negado la clasificación de los matrimonios forzados como otros actos inhumanos, se hizo alusión a éstos. En primer lugar, vista la nueva estrategia de la Fiscalía, la SPI II reivindicó lo dispuesto en su sentencia de 2007 y criticó la práctica anterior de aquélla en relación a la interpretación de los matrimonios forzados como un nuevo crimen contra la humanidad y a la presentación de cargos acusatorios en ese sentido. Rechazando por tanto la línea jurisprudencial previa, en esta ocasión la SPI II se reafirmó en su anterior postura indicando que los actos de índole sexual y no sexual inherentes a estas asociaciones conyugales forzadas no pueden considerarse por separado por estar subsumidas en el crimen de esclavitud sexual⁶⁵⁶.

En segundo lugar, señaló que la expresión ‘matrimonios forzados’ no era la apropiada para denominar lo que los jueces de la SPI II entendían como ‘asociación conyugal forzada’ impuesta a mujeres y niñas en el contexto del conflicto armado sierraleonés⁶⁵⁷. Afirmó que la práctica de las ‘asociaciones conyugales forzadas’ se basa en la privación de la libertad y la imposición de relaciones sexuales no consentidas, los dos elementos que definen el crimen de esclavitud sexual, sosteniendo que el concepto de ‘esclavitud conyugal’ era lo que mejor definía esta práctica, que en cualquier caso se enmarca en la esclavitud sexual⁶⁵⁸, oponiéndose a la aparición de un nuevo crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos⁶⁵⁹. Si bien Bou Franch extrae de esta última jurisprudencia que la condición del matrimonio forzado como crimen contra la humanidad de ‘otros actos inhumanos’ tuvo una existencia efímera en el TESL⁶⁶⁰, la realidad actual es bien distinta, pues precisamente esa jurisprudencia inicial está sentando un precedente y recobrando un gran protagonismo de la mano de la CPI⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ *Taylor*, SCSL-03-01-T, Judgment, 18-05-12.

⁶⁵⁷ *Ibíd.*, §s 424-425.

⁶⁵⁸ *Ibíd.*, § 428.

⁶⁵⁹ *Ibíd.*, § 430.

⁶⁶⁰ BOU FRANCH, *op. cit.*, pp. 99-100.

⁶⁶¹ PALMER, Amy, “An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of ‘Forced Marriage’” en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 7, nº 1, 2009, p. 136. Esta autora sostiene que la criminalización del matrimonio forzado por la SA del TESL dio pie al inicio de un profundo debate tanto en Sierra Leona como en otros países africanos sobre el fortalecimiento de la protección jurídica para mujeres y niñas y que el reconocimiento de este acto como crimen internacional abrirá la puerta a un debate público global respecto a esta práctica tan extendida. Véanse en este sentido pp. 155-158.

4.2.2. El matrimonio forzado ante la Corte Penal Internacional

Como ya se ha puesto de manifiesto, los crímenes de violencia sexual y de género han comenzado a sancionarse hace relativamente poco tiempo en la CPI. En el caso *Lubanga* la Fiscalía no incluyó crímenes sexuales en el acta de acusación a pesar de las evidencias que mostraban claramente su comisión, tal y como se comprobó posteriormente a través de las alegaciones de las víctimas que participaron en el proceso, entre las que se incluían testimonios de esclavitud sexual y embarazos forzados derivados de la misma⁶⁶². Sin embargo, en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*, probablemente con la intención de subsanar el enorme error previo, la Fiscalía—todavía dirigida por Moreno-Ocampo— sí imputó a los acusados el crimen de esclavitud sexual como crimen contra la humanidad y crimen de guerra, ambos confirmados por la SCP I⁶⁶³. Además de señalar que ésta debe considerarse como un tipo concreto de esclavitud, la SCP I apuntó que también abarca los casos en los que las mujeres y niñas son forzadas al ‘matrimonio’, a la servidumbre doméstica o a otras labores forzadas que impliquen una actividad sexual obligatoria y no consentida por sus captores, incluida la violación. En este sentido, los jueces señalaron que la esclavitud sexual puede tener diversas manifestaciones, como por ejemplo, las prácticas que implican la retención de mujeres en campos de violación o ‘estaciones de confort’, así como los matrimonios forzados temporales con los soldados u otras prácticas que impliquen la cosificación de las mujeres, principalmente las violaciones a la norma imperativa que prohíbe la esclavitud⁶⁶⁴.

Esta decisión de la CPI fue posterior a la sentencia de apelación del citado caso *AFRC* del TESL en la que el matrimonio forzado se había sancionado como crimen contra la humanidad de otro acto inhumano, aunque Moreno-Ocampo ni alegó dicha jurisprudencia ni recurrió la decisión de la SCP I, de manera que en el 2008 la CPI interpretaba el matrimonio forzado como un posible elemento del crimen de esclavitud sexual sin mayores debates⁶⁶⁵. En este orden de cosas, hubo que esperar a la sentencia condenatoria contra *Katanga* para que los jueces de primera instancia se pronunciaran de manera más detallada sobre el crimen de esclavitud sexual como crimen contra la humanidad y crimen de guerra, apoyándose, esta vez

⁶⁶² *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 07-03-12, §§ 16, 36, 60.

⁶⁶³ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision in the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08, §§ 576, 580.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, § 431.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, § 435.

sí, en la jurisprudencia previa del TIPY y del TESL⁶⁶⁶. En relación a los matrimonios forzados la SPI II no varió su postura con respecto a lo acordado en la fase preliminar, y si bien la Fiscalía empleó este término en la fase oral, los jueces de la CPI, a diferencia del proceder del TESL en el caso *Taylor*, en ningún momento debatieron el contenido de este acto como posible crimen autónomo. La SPI II evitó además terminología como *bush wives*, *forced wives* o *rebel wives* empleada por el TESL, y las referencias a las ‘esposas’ tenían el único fin confirmar que los actos relacionados con el matrimonio forzado formaban parte del crimen de esclavitud sexual: “[I]n the view of the Chamber, the fact that the combatants declared that the civilians captured in Bogoro and brought to their camps were ‘their wives’ does show they all harboured the intention to treat the victims as if they owned them and obtain sexual favours from them”⁶⁶⁷.

Sin embargo, la reciente confirmación de cargos contra Dominic Ongwen ha supuesto un punto de inflexión en la jurisprudencia de la CPI. Primero, porque siguiendo lo dispuesto en el *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*, es la primera decisión judicial que incluye los crímenes de violencia sexual y de género en un apartado específico a tales efectos, incluyendo en esta clasificación los crímenes de matrimonio forzado, violación, esclavitud sexual, esclavitud, tortura, atentados contra la dignidad personal y embarazo forzado⁶⁶⁸. Y segundo, por la novedad que representa la inclusión en el acta de acusación de los cargos de matrimonio forzado y embarazo forzado, dos crímenes predominantemente de género. En relación a los matrimonios forzados, tanto la Fiscalía como SCP II han adoptado un nuevo enfoque, basado esta vez, en la jurisprudencia del TESL favorable a su reconocimiento como crimen contra la humanidad.

Durante la investigación de la situación de Uganda la Fiscalía fue informada de la práctica de matrimonios forzados en el seno del ERS y la SCP II afirmó la existencia de un plan común entre el líder del ERS Joseph Kony y los altos mandos de la brigada Sinia, que incluía a Ongwen, para secuestrar mujeres y niñas con el fin de convertirlas en sus esposas forzosamente, de mantenerlas como esclavas domésticas, así como esclavas sexuales para los combatientes del ERS. Así, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2005 numerosas

⁶⁶⁶ ICC Prosecutor v. *Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, §§ 975-980.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, § 1001.

⁶⁶⁸ ICC Prosecutor v. *Dominic Ongwen*, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16, §§ 86-140, clasificados en la decisión en el apartado ‘H. Sexual and gender based crimes’.

mujeres y niñas fueron secuestradas en el norte de Uganda conforme a este plan⁶⁶⁹. Dado que no se recoge en el ER como un crimen contra la humanidad específico, este crimen se introdujo por primera vez en un acta de acusación calificándolo como acto inhumano al amparo del art. 7(1)(k) del ER siguiendo lo dispuesto en la jurisprudencia y postura iniciales del TESL. De esta manera, el equipo de Bensouda se ha alejado de la concepción exclusivamente sexual que entraña este crimen, centrándose en la imposición de la institución del matrimonio y en el sufrimiento físico y psicológico que ésta genera a las víctimas. La Defensa se apoyó en las decisiones del TESL que rechazaban su calificación como crimen contra la humanidad de ‘otro acto inhumano’ esgrimiendo que no cabía incluir el matrimonio forzado como crimen independiente por entender que éste forma parte del crimen de esclavitud sexual también imputado al acusado. Ante esta situación, la CPI debía esclarecer por vez primera si esta conducta constituye un acto inhumano de gravedad similar a los actos recogidos en el art. 7(1)(a)-(j) tal y como dispone el art. 7(1)(k) del ER, o si por el contrario, como señalaba la defensa, se trata de un acto que queda subsumido en el crimen de esclavitud sexual⁶⁷⁰.

La SCP II, apoyada en la primera jurisprudencia del TESL⁶⁷¹ y en la práctica incipiente de las Salas Especiales de Camboya⁶⁷² distingue el matrimonio forzado de la esclavitud sexual en términos de conducta, daño resultante e intereses protegidos. Así, sigue lo dispuesto en las sentencias de apelación del TESL en los casos *AFRC* y *RUF*, que recordemos, definieron el crimen de matrimonio forzado de la siguiente manera: “an accused, by force, threat of force, or coercion, or by taking advantage of coercive circumstances, causes one or more persons to serve as a conjugal partner, and the perpetrator’s acts are knowingly part of a widespread or systematic attack against a civilian population and amount to the infliction of great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health sufficiently similar in gravity to the enumerated crimes against humanity”⁶⁷³. Asimismo, aparte de la definición contextual del crimen la SA del TESL también señaló que los requisitos que los actos deben cumplir para que constituyan un crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos se satisfacían, ya

⁶⁶⁹ *Ibid.*, § 137.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, § 88.

⁶⁷¹ *Sesay et al.*, SCSL-04-15-A, Judgment, 26-10-09, § 736; *Brima et al.*, SCSL-04-16-A, Judgment, 22-02-09, § 196.

⁶⁷² Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Case 002, Closing Order, 15-09-10, § 1443.

⁶⁷³ *Sesay et al.*, SCSL-04-15-A, Judgment, 26-10-09, § 736; *Brima et al.*, SCSL-04-16-A, Judgment, 22-02-09, § 196.

que infligían un gran sufrimiento así como daños físicos y psicológicos severos a la víctima; eran cometidos en una atmósfera de violencia y coacción y las víctimas eran muy vulnerables y jóvenes, siendo por tanto un crimen de gravedad comparable a los crímenes contra la humanidad previstos en los estatutos; y en todo momento los autores eran conscientes de la coacción sufrida por las víctimas y de los daños que su conducta les generaría⁶⁷⁴.

La CPI señala que el matrimonio forzado se comete generalmente en circunstancias en las que la víctima también sufre algún tipo de esclavitud, sea o no de carácter sexual, considerando que actos tales como las restricciones de la libertad, abusos sexuales reiterados, embarazos forzados o labores forzadas son generalmente indicadores de la existencia del matrimonio forzado⁶⁷⁵. Sin embargo, apuntan que si bien en virtud del art. 7(1) del ER esas conductas pueden constituir crímenes internacionales por sí mismos, su constatación no basta para establecer la existencia de un matrimonio forzado, de manera que—y aquí radica la gran contribución jurisprudencial de la CPI—, debe tenerse en cuenta un elemento esencial sin el que este acto carecería de calificación: la imposición *de facto* del matrimonio a la víctima⁶⁷⁶. Entienden que la imposición de una relación conyugal forzosa, además de anular la voluntad de la víctima e introducir obligaciones con respecto a tareas de género asociadas a la convivencia sitúa a la víctima, no legalmente pero sí fácticamente, en el estatus social de ‘esposa’ del criminal, cuyo efecto a nivel comunitario es el estigma al que queda sometida. Según la CPI, por tanto, el elemento de exclusividad de esta unión conyugal forzada impuesta a la víctima es el aspecto característico del matrimonio forzado, un elemento que no se encuentra en el resto de crímenes imputados a Ongwen. Siguiendo la jurisprudencia del TESL, la SCP II determinó que a diferencia de la esclavitud sexual, el matrimonio forzado implica una relación de exclusividad de la ‘esposa’ hacia el ‘marido’ que puede acarrear consecuencias disciplinarias para ésta si infringe este acuerdo exclusivo, y por tanto, no cabe entenderlo como un crimen predominantemente sexual⁶⁷⁷.

De igual manera, la SCP II reconoce que, tal y como señala la Fiscalía, las víctimas sufren un daño adicional y distinto al que sufren las víctimas de esclavitud sexual u otros crímenes

⁶⁷⁴ *Brima et al.*, SCSL-04-16-A, Judgment, 22-02-09, §s 198-201.

⁶⁷⁵ *ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen*, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16, § 92.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, § 93.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, en referencia a *Sesay et al.*, SCSL-04-15-A, Judgment, 26-10-09, § 736; *Brima et al.*, SCSL-04-16-A, Judgment, 22-02-09, § 195.

en el ER, que es la violación del derecho básico e independientemente reconocido a casarse y a formar una familia de forma consensuada. Este derecho fundamental, a diferencia, por ejemplo, de la integridad física o sexual o la libertad personal, es el bien jurídico que requiere protección mediante una interpretación apropiada del art. 7(1)(k) del ER. En conclusión, el matrimonio forzado puede considerarse un crimen contra la humanidad bajo la forma de acto inhumano en el sentido del art. 7(1)(k) del ER y como tal requiere un cargo independiente.

4.2.3. Discrepancias respecto a su reconocimiento como crimen contra la humanidad de ‘otro acto inhumano’

Desde que TESL se pronunciara sobre la práctica de los matrimonios forzados con posturas encontradas al respecto, la doctrina también se ha posicionado a favor y en contra de su consideración como un crimen contra la humanidad de otro acto inhumano. Si bien por ahora el debate principal sigue versando sobre esta jurisprudencia, no cabe duda de que éste se extenderá a la práctica de la CPI tras lo dispuesto, por el momento, en el caso *Ongwen*. Las posiciones favorables a su sanción como otro acto inhumano enfatizan el carácter no sexual que entraña esta práctica, tal y como lo ha manifestado la CPI en su reciente interpretación. Así, defienden que la consideración de los matrimonios forzados como crímenes sexuales, y más concretamente, como esclavitud sexual, obvian el carácter distintivo de esta práctica, relacionada esencialmente con los daños psicológicos y morales que sufren las víctimas derivadas de la imposición de una asociación conyugal forzada y no tanto con la violencia sexual a la que son sometidas en el contexto de esta situación⁶⁷⁸.

No cabe duda, como apunta la SPI II del TESL, de que en las situaciones en las que se constata la existencia de un matrimonio forzado los crímenes cometidos en el seno de esa relación no consentida son esencialmente de carácter sexual, siendo los más habituales la violación, la esclavitud sexual o el embarazo forzado. De hecho, la Fiscalía subrayó esta

⁶⁷⁸ JAIN, Neha, *op. cit.*, p. 1030; NGUYEN, Frances, *op. cit.*, pp. 35-37; FRULLI, Micaela, *op. cit.*, pp. 1036-1037; OOSTERVELD, Valerie, “The Gender Jurisprudence of the Special Court...*op. cit.*, pp. 49-74; PALMER, Amy, *op. cit.*, p. 157; CLARK, James M., “Forced Marriage: the Evolution of a New International Criminal Norm” en *Aberdeen Student Law Review*, vol. 3, p. 21: “there exists a lacuna in the law which can be filled by the charge of forced marriage. The evolution of the case law of the SCSL demonstrates this by highlighting the trauma experienced by women trapped in ‘forced conjugal associations’. Such plight is beyond the scope of a charge of sexual slavery alone. Although the two crimes share some common elements, there are a number of non-sexual distinguishing factors and these set the charge of forced marriage apart.”

cuestión al afirmar que el crimen de matrimonio forzado “served as the gateway for the other sexual and gender-based crimes perpetrated upon abducted women and girls, such as rape and sexual slavery”⁶⁷⁹. Así pues, si bien se afirma el matrimonio sirve de base generalmente para la comisión de crímenes de violencia sexual, no puede obviarse el crimen de esclavitud como tal, habitualmente presente en estas uniones forzadas. En cualquier caso, la comisión de esta multiplicidad de crímenes en el seno de un matrimonio forzado no impide que aquéllos puedan ser enjuiciados bajo el art. 7(1)(g) o en caso de conflicto armado bajo los arts. 8(2)(b)(xxii) o 8(2)(e)(vi) del ER de manera adicional al propio crimen de matrimonio forzado al amparo del art. 7(1)(k) del ER, es decir, de forma cumulativa e independiente.

No obstante, no son pocas las opiniones en la doctrina contrarias a la postura de reconocer el matrimonio forzado como un crimen contra la humanidad de otro acto inhumano. En este sentido, Bou Franch considera que en el caso *AFRC* el TESL realizó una interpretación muy restrictiva del crimen de esclavitud sexual, ya que a su juicio “supone una alteración *de facto* de los elementos de este crimen, toda vez que al segundo elemento definidor del *actus reus* (‘que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual’) lo convierte en la intención (*mens rea*) exclusiva o preponderante de este crimen internacional, algo que de hecho no se exige en el documento titulado ‘Elementos de los Crímenes’”⁶⁸⁰. Sin embargo, siendo la realización de actos de índole sexual precisamente la esencia de este crimen y el objeto del autor a través de su comisión, su alcance no abarca el elemento de imposición que erige el matrimonio forzado. En cualquier caso, a pesar de que en relación a la *mens rea* los Elementos de los Crímenes no establezcan expresamente que la realización de un acto sexual deba ser la intención preponderante del criminal, no cabe duda de que la finalidad principal del crimen de esclavitud sexual no es otro que el sometimiento de la víctima a actos sexuales no consentidos, mientras que el matrimonio forzado, no se caracteriza necesariamente por un componente de violencia sexual aunque en la mayoría de casos se constate su comisión de forma paralela.

Otras opiniones expresan que, tal y como observó la SPI I del TESL en los casos *AFRC* y *Taylor*, la violencia física y sexual son los elementos dominantes de los crímenes cometidos contra las jóvenes en Sierra Leona, y no las tareas conyugales como la limpieza o la cocina,

⁶⁷⁹ *ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen*, “Prosecution’s Pre-Trial Brief”, TC IX, 06-09-16, § 508.

⁶⁸⁰ BOU FRANCH, Valentín, *op. cit.*, pp. 91-92.

interpretación que podría aplicarse de igual manera a la situación de los matrimonios forzados en Uganda dadas las similitudes entre ambos países con respecto a esta execrable práctica. Asimismo, sostienen que las pruebas utilizadas por la SA del TESL para calificar los matrimonios forzados como ‘otros actos inhumanos’ eran las relativas a la violencia sexual, lo que dificultaba la distinción entre ambos⁶⁸¹. Critican que la práctica del secuestro y uso de mujeres como esposas sea considerado matrimonio forzado en Sierra Leona por considerar que nunca tuvo lugar un matrimonio real, ya que las versiones de los hechos de este fenómeno no revelan la existencia ningún matrimonio auténtico entre los rebeldes y las víctimas que pudiera ser reconocido por el derecho consuetudinario o por el derecho civil⁶⁸².

De igual manera, se ha señalado que considerar el matrimonio forzado como un crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos tiende a minimizar la violencia sexual y la esclavitud, las características que entienden como principales de los matrimonios forzados en el conflicto de Sierra Leona⁶⁸³. En este sentido, se ha propuesto enjuiciar el matrimonio forzado bajo la denominación de ‘esclavitud sexual plus’, lo que implicaría considerar este tipo de actos como una circunstancia agravante que requeriría una pena adicional en la fase de imposición de la condena⁶⁸⁴. De manera similar hay quienes proponen sancionar el matrimonio forzado como un crimen de violencia sexual bajo los arts. 7(1)(g) o 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ER, esto es, bajo la cláusula residual de estas disposiciones, al estimar que con independencia de consideraciones tales como la imposición del matrimonio o el derecho a contraer matrimonio libremente, este crimen atenta principalmente a la integridad y autonomía sexual de las víctimas⁶⁸⁵.

4.2.4. La adecuada sanción como ‘otro acto inhumano’

A pesar del rechazo generado en un sector doctrinal, la condena de los matrimonios forzados como crímenes contra la humanidad de otros actos inhumanos es considerablemente más beneficiosa que la opción de sancionar esta práctica bajo el paraguas de la esclavitud

⁶⁸¹ GONG-GERSHOWITZ, “Forced Marriage: A ‘New’ Crime Against Humanity?” en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 8, nº 1, p. 62.

⁶⁸² *Ibid.*, pp. 65-66.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 69. De la misma opinión GEKKER, Elena, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁸⁵ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *op. cit.*, p. 98.

sexual. Una de las razones es que al señalar que el elemento central del crimen es la imposición del matrimonio a la víctima⁶⁸⁶ no se niega la comisión de atrocidades de índole sexual en el seno de esa relación forzada. Lo que hace la nueva jurisprudencia es centrar el bien protegido en otra cuestión independiente a la del abuso sexual como es el derecho a establecer un matrimonio o familia de manera voluntaria y consensuada, que se viola mediante la imposición por la fuerza, amenaza de fuerza o coerción de un matrimonio o relación conyugal que trae consigo toda una serie de efectos devastadores para la víctima. No se persigue proteger la institución del matrimonio en sí, sino el derecho a ejercer de manera libre y autónoma la opción del matrimonio, derecho del que se le priva precisamente con la imposición de una asociación conyugal que conlleva una relación de exclusividad de la víctima hacia el criminal que en caso de incumplimiento genera consecuencias severas adicionales a las ocasionadas por los crímenes sexuales.

En efecto, la CPI reconoce la esclavitud sexual, las violaciones, los embarazos forzados y la esclavitud a la que se somete de forma subyacente a las víctimas de este crimen en la práctica totalidad de casos. Sin embargo, imputando y enjuiciando estos crímenes como cargos separados y adicionales al del matrimonio forzado se logra una visibilidad más amplia de la experiencia vivida y del sufrimiento soportado por las víctimas, así como una sanción mayor que comprenda cada una de estas cuestiones. De hecho, el matrimonio forzado es un cargo novedoso en la práctica de la CPI, pero no por ello es el protagonista del caso *Ongwen*. Al contrario, es justamente el cúmulo de cargos de violencia sexual y de género los que hacen de éste un desarrollo jurisprudencial significativo en materia de violencia contra las mujeres.

En relación a lo anterior la SCPI II destaca, lógicamente, la irrelevancia de la validez de estos matrimonios, pues si bien es incuestionable que en estos casos no pueden ser reconocidos como válidos o como matrimonios *stricto sensu*, la gravedad del acto reside en que para la víctima las implicaciones de este tipo vinculaciones, son física, psicológica y moralmente devastadoras aunque no se haya dado una celebración oficial como tal ni se trate

⁶⁸⁶ *ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen*, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16, § 93: “According to the Chamber, the central element of forced marriage is the imposition of ‘marriage’ on the victim, *i. e.* the imposition, regardless of the will of the victim, of duties that are associated with marriage, as well as of a social status of the perpetrator’s ‘wife’. The fact that such ‘marriage’ is illegal and not recognised by, in this case, Uganda, is irrelevant. What matters is that the so-called ‘marriage’ is factually imposed on the victim, with the consequent social stigma.”

de un matrimonio regulado⁶⁸⁷. La propia relación de exclusividad impuesta a la víctima para con el criminal causa por sí misma un sufrimiento lo suficientemente grave como para merecer la calificación de crimen contra la humanidad, incluidos los casos en los que la víctima accede al matrimonio como vía de protección contra las agresiones del resto de miembros del grupo rebelde, ya que se trata de contextos igualmente coercitivos aunque no se dé una amenaza explícita para forzar el matrimonio. Así, la CPI afirma que el matrimonio forzado cambia de manera irrevocable el estatus de las víctimas, tanto respecto a la percepción propia como respecto a la de terceros hacia ella.

Podría argumentarse que generalmente los crímenes de violencia sexual provocan ese mismo estigma que señala la jurisprudencia del TESL y la CPI con relación al matrimonio forzado, es decir, que en todos los casos, se dé o no este crimen, las víctimas sufren algún tipo de ostracismo y serias dificultades para reintegrarse en sus comunidades, y que por tanto, no cabría justificar la inclusión del cargo de otro acto inhumano por ese motivo. Si bien esto es del todo cierto, tal y como se ha puesto de manifiesto en relación a la sentencia Bemba, también lo es que las víctimas de matrimonios forzados cargan con un doble estigma al arrastrar consigo el título, siquiera de facto, de ‘esposa’ de un rebelde, lo que provoca que sean relacionadas con el enemigo y a menudo consideradas colaboradoras de éste⁶⁸⁸. En muchas ocasiones esto conlleva el rechazo por parte de su comunidad al considerar que salvaron sus vidas aceptando esa relación conyugal a cambio de traicionar a sus familias. Así pues, tal y como se observó en relación con el conflicto ruandés, las víctimas del matrimonio forzado

“suffer the psychological ordeal of being raped, being subjected to sexual violence and physical abuse and living in a state of constant fear. In addition, they must live with the trauma of losing one’s family, being ostracised by one’s community and being in the midst of the massacre of one’s own people. Moreover, these women must endure all of the above while being forced to live in the intimate relationship of a marriage with the perpetrator of all these violations against her and her community. Thus,

⁶⁸⁷ *ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen*, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16, § 93.

⁶⁸⁸ *Shattered Lives: Sexual Violence During the Rwandan Genocide and its Aftermath*, Human Rights Watch /Africa, Human Rights Watch Women's Rights Project, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, 1996, pp. 3, 19, 74. Asimismo, como se recogió en este informe, “[M]any of the women who were held in these forced ‘marriages’ show enormous internal conflict when they describe the situation. On the one hand, they had no choice and in most cases despise the man whom they refer to as their ‘husband.’ On the other hand, they also realize that without the protection of this very man (who in many cases murdered the rest of their family), they would most probably be dead today. Many of these women suffer extreme guilt for having survived, particularly when the rest of their families are now dead. This sentiment is further reinforced by many of the Tutsi returnees from Zaire, Burundi or Uganda who accuse these women of having ‘collaborated’ with the Hutu militias.”, p. 55.

forced marriages subject the “wife” to grave physical and psychological harm and these injuries are inflicted upon them through a variety of means. Furthermore, the harm inflicted affects not only the individual but also her role in society and the community itself.”⁶⁸⁹

De esta manera, respecto a los elementos sustantivos que componen el crimen de ‘otros actos inhumanos’ recogido en el art. 7(1)(k) del ER puede afirmarse que en el caso de los matrimonios forzados todos ellos se cumplen. El primero requiere que el autor, mediante el acto en cuestión, haya causado grandes sufrimientos o haya atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de la víctima⁶⁹⁰, algo que, a la vista de lo expuesto, cumple el matrimonio forzado, si bien las valoraciones subjetivas deberán analizarse en el contexto de cada caso individual, ya que las víctimas del matrimonio forzado sufren diferentes grados de daño en función de sus circunstancias individuales. El segundo elemento exige que el acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos recogidos en el art. 7(1) del ER⁶⁹¹. Un matrimonio forzado establecido durante un largo plazo o de por vida, que priva a la víctima de su libertad de elección respecto de un evento que es culturalmente y emocionalmentepreciado es sin duda un crimen grave. Considerando el potencial ostracismo que por parte de sus comunidades las víctimas están obligadas a sufrir, así como el hecho de que el autor haya podido causar daños o cometer crímenes contra la familia de la víctima, este crimen es comparable a otros crímenes contra la humanidad como la encarcelación, la persecución o la tortura, algo que además avalan los instrumentos de derechos humanos que muestran el consentimiento como elemento esencial para un matrimonio válido.

Al hilo de esta última cuestión, como bien señala la CPI, la imposición del matrimonio viola el derecho básico a establecer un matrimonio libre y consensuado, así como el derecho a la descendencia voluntaria derivada de éste, recogidos en normas internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁹² o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁶⁹³, entre otras. Se trata de

⁶⁸⁹ O’SULLIVAN, Carmel, “Dying for the bonds of marriage: forced marriages as a weapon of genocide” en *Hastings Women’s Law Journal*, vol. 22, n° 2, 2011, p. 278.

⁶⁹⁰ Elementos de los Crímenes, art. 7(1)(k) Crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos:

“1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o salud mental o física.”

⁶⁹¹ *Ibid.*, “2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.”

⁶⁹² *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde el 23 de marzo de 1976, art. 23.

⁶⁹³ *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, aprobada por Naciones Unidas en 1979, art. 16.

consecuencias que no se derivan de los crímenes de violencia sexual también imputados al acusado. Así, el concepto del matrimonio en su totalidad, incluyendo en éste el estatus social, los derechos de propiedad y herencia, su efecto legitimatorio respecto a los hijos, su importancia en cuanto a la fundación de una unidad familiar, así como la fuente de confort y compañerismo entre los cónyuges, se vuelve una reconstrucción perversa para las víctimas del matrimonio forzado, que como crimen continuado no requiere una proximidad geográfica directa del autor⁶⁹⁴.

Además de todas estas consideraciones expuestas, que a nuestro juicio, sostienen debidamente el nuevo enfoque de la CPI, hay otros motivos generalmente obviados que exigen que este crimen sea sancionado de esta manera. Lo cierto es que, el Tribunal de Camboya ha admitido la investigación y el enjuiciamiento de la práctica de los matrimonios forzados establecida en este país de la mano del Partido Democrático Kampuchea entre 1975-1979 como crimen contra la humanidad de ‘otro acto inhumano’, por lo que su postura no puede ser ignorada. Al igual que en el TESL, en el Caso 002 la Fiscalía del Tribunal de Camboya imputó como otros actos inhumanos los numerosos matrimonios forzados que con el fin de aumentar la población para ganar la revolución fueron llevados a cabo por el régimen de los Jemeres Rojos, sin consentimiento y sin respeto a los rituales tradicionales⁶⁹⁵. A pesar de que este último contexto político difiera del de Sierra Leona, Uganda o la RDC, los matrimonios también eran celebrados en circunstancias coercitivas a través de las amenazas de muerte, violencia o incluso ejecución. Lo que varía en el contexto camboyano es que, además de no cometerse durante un conflicto armado, por un lado, las víctimas no eran únicamente mujeres sometidas adicionalmente a otros crímenes como el de esclavitud sexual o esclavitud, sino que afectaba a mujeres y hombres por igual, ya que al ser impuesto como una política gubernamental, ninguna de las partes daba su consentimiento a la unión, y por otro, que a estos matrimonios no siempre se les podía vincular con un componente sexual forzado.

Estos dos contextos muestran los diversos matices de la práctica del matrimonio forzado, lo que implica que los criminales pueden ser los ‘maridos’ de las víctimas o incluso terceras personas al vínculo y en ausencia de conflicto armado. En cualquier caso es un crimen

⁶⁹⁴ ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen, “Prosecution’s Pre-Trial Brief”, TC IX, 06-09-16, § 511.

⁶⁹⁵ ECCC, Case 002, Closing Order, 15-09-10, §s 1442-1447. Sin embargo, actualmente este crimen está siendo analizado en el contexto del Caso 002/02, en fase de juicio oral desde octubre de 2014.

cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de conformidad con la política de un Estado o una organización. En el caso camboyano era el Estado el que orquestaba estos actos, mientras que en el conflicto ugandés ha sido el ERS quien ha venido cometiendo como parte de un plan común dirigido a secuestrar mujeres y niñas para hacerla ‘esposas’ forzadamente, así como para someterlas a esclavitud doméstica y sexual⁶⁹⁶. Resulta llamativo no obstante que a pesar de apoyarse en lo dispuesto por el Tribunal de Camboya para defender su interpretación, la CPI no ha profundizado en la comparativa de ambos contextos, algo que, tratándose de un crimen cuya trayectoria es aún controvertida, consideramos que debería de haber cuidado más con el fin de promover una uniformidad jurisprudencial en relación al contenido del crimen⁶⁹⁷.

Por estos motivos estimamos necesaria una definición flexible que encaje con todas estas circunstancias y que no requiera una celebración formal u oficial del matrimonio, sino un concepto del crimen que se centre en la imposición, por informal que sea, y en el sufrimiento que ésta causa a la víctima. Además, especialmente en conflictos armados, ésta será mujer, pero no por ello puede olvidarse el contexto camboyano donde ambos sexos sufrieron el crimen por igual. Además, si se enjuiciaran como crímenes de esclavitud sexual resultaría difícil imaginar como podrían compatibilizarse los elementos de éste crimen con los matrimonios forzados practicados en el contexto camboyano, ya que en éste último las labores forzadas y la actividad sexual obligatoria no formaban parte necesariamente del crimen de matrimonio forzado. En tal caso cabría preguntarse igualmente cómo encajaría el concepto de propiedad en este contexto, donde ambas partes de la pareja eran forzadas a contraer matrimonio sin que ninguna de las dos ejerciera un poder de propiedad sobre la otra. En Camboya los matrimonios forzados no se llevaron a cabo mediante compra, venta o entrega de personas, de forma que incluso cabría preguntarse hasta qué punto las víctimas eran privadas de libertad en términos de esclavitud. Teniendo en mente estas consideraciones, asignar el crimen de matrimonio forzado a la categoría de esclavitud sexual no parece posible como una solución a largo plazo.

⁶⁹⁶ ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16, § 137.

⁶⁹⁷ De hecho, recientemente el Tribunal de Camboya presentó el documento del *Amicus Curiae* relativo a los matrimonios forzados en el que se realiza un breve estudio de la jurisprudencia al respecto y se concluye lo siguiente: “The Applicants submit that international criminal law has evolved to include the ‘other inhumane act’ of forced marriage (along with other crimes) which captures the range and complexity of lived experiences of women and men in different oppressive or conflict situations”. Véase Tribunal de Camboya, Case No: 002/19-09-2007-ECCC/TC, “Amicus Curiae Brief on Forced Marriage”, 26-09-16, § 38.

Desde la perspectiva del establecimiento de una jurisprudencia internacional sólida y uniforme sobre violencia sexual y de género no resulta aconsejable enjuiciar el matrimonio forzado bajo un tipo diferente en función del contexto en el que sea cometido—considerarlo esclavitud sexual en contextos como el de la RDC o Uganda y como otro acto inhumano en Camboya—, ya que el crimen terminaría por desvirtuarse y vaciarse de contenido. Juzgar los matrimonios forzados como lo que son, es decir, una imposición bajo coerción independientemente del tipo de ceremonia y del lugar y contexto de su comisión, ofrece justicia a todas las víctimas que han sufrido este crimen, lo que abarca las diferentes posibilidades y circunstancias bajo las cuales puede cometerse que, como vemos, puede implicar contextos de conflictos armados como muestran los ejemplos africanos o aquéllos en los que en ausencia de un conflicto armado su imposición forma parte de políticas estatales autoritarias. Asimismo, en el caso ugandés, sierraleonés o congoleño no cabe duda de que se trata de un crimen por motivos de género, ya que las únicas víctimas son mujeres y niñas exclusivamente, mientras que en el caso camboyano este elemento es inexistente por afectar a ambos sexos por igual. Esta diferencia no impide en cambio que en los primeros el crimen se califique como crimen de género, tal y como ha hecho la CPI en el caso *Ongwen*.

Si las víctimas, además, han sufrido violencia sexual, ésta puede ser perseguida con cargos adicionales como la esclavitud sexual, violación o embarazo forzado, entre otros, tal y como ha procedido la CPI. De hecho, conviene señalar que no se trata de elegir entre esclavitud sexual o matrimonio forzado, sino de imputar todos aquellos cargos que puedan constatarse en la experiencia sufrida por la víctima. Y es que, en el debate sobre la conveniencia de sancionar el matrimonio forzado como crimen contra la humanidad de otro acto inhumano o como esclavitud sexual, a menudo se tiende a perder de vista que las víctimas de ambos casi en la totalidad de los casos son las mismas, y que la constatación de uno y otro es inclusiva en lugar de exclusiva. Si no hay duda respecto a la comisión de esclavitud sexual y a la imposición de una relación conyugal forzada, no hay justificación para no enjuiciar los dos. De lo contrario, no se reflejarían adecuadamente los diferentes aspectos inherentes a la violencia sexual y de género cometidos.

Como señaló la Fiscalía en su *Documento de política sobre crímenes sexuales y de género* ésta “procurará poner de relieve los aspectos relacionados con el género en los crímenes sexuales y otros crímenes de su competencia, por ejemplo el trabajo doméstico y las ‘tareas de

la casa', en el contexto de la esclavitud sexual o la esclavización⁶⁹⁸. Destacar el componente de género asociado a los matrimonios forzados y a los crímenes de violencia sexual es fundamental para denunciar la identificación de ciertas labores como la cocina, la crianza, la limpieza con los roles de género socialmente construidos, ya que estas tareas difícilmente se asocian al crimen de esclavitud sexual o esclavitud cuando las víctimas de los mismos son hombres. Este reflejo en la jurisprudencia contribuye a manifestar las desigualdades sufridas por las mujeres por motivo del género, ya que éstas son sometidas a ese tipo de tareas precisamente por el hecho de serlo. Esta narrativa, que influye a nivel nacional, contribuye a disminuir la perpetuación de esos roles y al empoderamiento de las mujeres en sociedades especialmente patriarcales como lo son aquéllas a las que las víctimas pertenecen en la inmensa mayoría de casos.

Asimismo, el castigo individualizado coadyuva a subrayar la violencia de género y a sancionar los crímenes que no son únicamente de índole sexual y que afectan en su inmensa mayoría a mujeres y niñas, aunque sin invisibilizar la realidad de que en ciertos contextos, como el de Camboya, los hombres también pueden ser víctimas de este crimen. No obstante, dado que las víctimas principales tanto de los matrimonios forzados como de la violencia sexual son mujeres, es necesaria una protección integral, presentando cargos por cada uno de los crímenes cometidos. Siendo los matrimonios forzados una práctica extendida en ciertos conflictos armados, no condenarla como 'otro acto inhumano' permitiría que ésta continuara sin sanción alguna ya que sólo se centraría la atención en los crímenes sexuales subyacentes. Aunque no cabe duda de que la CPI deberá matizar y desarrollar su contenido a medida que su jurisprudencia avance en este sentido, por el momento puede advertirse un gran progreso en el Derecho Internacional Penal en relación a la dimensión de la violencia sexual y de género, cuyas perspectivas por ahora son esperanzadoras.

4.3. El crimen de embarazo forzado derivado de la comisión de otros actos penales de violencia sexual

Los crímenes de violencia sexual y de matrimonio forzado perpetrados en Uganda por el ERS han posibilitado a la CPI visibilizar por primera vez en la historia del Derecho

⁶⁹⁸ ICC-OTP, *Documento de política sobre crímenes sexuales y de género*, junio de 2014, § 74.

Internacional Penal un crimen de género que no había sido criminalizado hasta la adopción del ER, el embarazo forzado. Ongwen es el primer acusado por un tribunal internacional en ser juzgado por este crimen y además, como autor directo en relación a los embarazos forzados cometidos contra sus ‘esposas’⁶⁹⁹. Por el momento se trata de un cargo confirmado y para un mayor análisis habrá que esperar a lo que disponga la SPI en la sentencia. No obstante, en esta reciente decisión ya se comienzan a aclarar algunos conceptos y algunas dudas suscitadas previamente en la doctrina. Ciertamente no se trata de un crimen imputado en un contexto que presente demasiadas dificultades para su constatación y por ello, deja sin resolver muchas cuestiones que plantea este tipo penal.

4.3.1. El contexto de criminalización del embarazo forzado

A pesar de tratarse de un término relativamente reciente⁷⁰⁰, el embarazo forzado— en inglés a menudo se alude al concepto ‘forced impregnation’ para referirse a la propia concepción y no al proceso de gestación— ha sido empleado a lo largo de la historia como herramienta de asimilación o subyugación de las poblaciones enemigas, minoritarias o esclavas⁷⁰¹. Sin embargo, hasta que las violaciones masivas en la antigua Yugoslavia y en Ruanda atrajeron la atención de juristas feministas, no comenzó a adquirir relevancia en la conciencia pública como acto aberrante y merecedor de sanción⁷⁰². Se estima que como consecuencia de las innumerables violaciones se produjo el nacimiento de entre 400 y 600 niños en Bosnia y de entre 2000 y 5000 en Ruanda⁷⁰³. A pesar de estas cifras, no fue posible imputar esta conducta en ninguno de los casos estudiados en los tribunales *ad hoc*, ya que ninguno de los estatutos preveía su criminalización, por lo que las alusiones a este crimen en su jurisprudencia es ínfima.

⁶⁹⁹ ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16, §§ 96-101.

⁷⁰⁰ BOON, Kristen, “Rape and Forced Pregnancy Under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent” en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 32, n° 3, 2001, p. 656.

⁷⁰¹ CARPENTER, Robyn Charli, “Forced Maternity, Children’s Rights, and the Genocide Convention: A Theoretical Analysis” en *Journal of Genocide Research*, vol. 2, n° 2, 2000, p. 223; MARKOVIC, Milan, “Vessels of Reproduction: Forced Pregnancy and the ICC” en *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, n° 2, 2007, p. 439.

⁷⁰² CARPENTER, Robyn Charli, *op. cit.*, pp. 223-224.

⁷⁰³ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, M^a Magdalena, *op. cit.*, p. 102.

Así, por ejemplo, en el caso *Karadzic* el TIPY afirmó que en varios campos de detención se habían llevado a cabo numerosas violaciones con el fin de que de los embarazos forzados provocados nacieran niños serbios, aunque el embarazo forzado no se llegara a incriminar⁷⁰⁴. Años después, en el asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre Genocidio que enfrentó a Bosnia y Herzegovina y Serbia ante a CIJ, Bosnia alegó que durante este conflicto Serbia había llevado a cabo una política sistemática dirigida a dejar embarazadas forzosamente a mujeres musulmanas y a retenerlas hasta que diesen a luz niños serbios⁷⁰⁵. La CIJ sin embargo, a pesar de que el TIPY hubiera afirmado esta práctica y de que la propia CIJ se refiriera al caso *Karadzic*, no estimó probada la existencia de una política por parte de líderes serbios, posiblemente porque el asunto que dirimía realmente no versaba sobre esta conducta sino sobre el análisis relativo al cargo de genocidio de traslado forzado de niños de un grupo protegido a otro (art. 2(e) de la Convención sobre Genocidio)⁷⁰⁶. Por otra parte, el TIPR, en el caso *Akayesu*, al referirse a las medidas destinadas a prevenir los nacimientos dentro de un grupo étnico en relación con el crimen de genocidio (art. 2(2)(d) del Estatuto del TIPR), señaló el embarazo forzado como una de ellas: “[I]n patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group”⁷⁰⁷.

Las atrocidades cometidas en estos conflictos llevaron a Naciones Unidas a dar pasos en la protección de las mujeres frente a este tipo de violencia. En junio de 1993 se adoptó la Declaración de Viena, en la que junto a otros crímenes, se reflejó el embarazo forzado como una violación que requería una respuesta pronta y efectiva⁷⁰⁸. Posteriormente, se celebró la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres en Pekín, donde se reconocieron los mismos derechos humanos recogidos en la Declaración de Viena y también se señaló el embarazo forzado como un crimen contra las mujeres que violaba los derechos humanos en situaciones

⁷⁰⁴ *Karadzic*, IT-95-5-R61, IT-95-18-RG1, Review of the indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11-07-96, § 64.

⁷⁰⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43, § 367; DRAKE, Alyson M., “Aimed at Protecting Ethnic Groups or Women? A look at Forced Pregnancy under the Rome Statute” en *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 18, nº 3, 2012, p. 604.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, § 362.

⁷⁰⁷ *Akayesu*, ICTR-96-40-T, Judgment, 02-09-98, § 507.

⁷⁰⁸ World Conference on Human Rights, *Vienna Declaration and Programme Action*, UN Doc. A/CONF.157/23, 12-07-93, § 38.

de conflicto armado⁷⁰⁹. Finalmente en 1998 la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó una resolución sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres, enumerando este mismo crimen⁷¹⁰.

En este contexto de paulatino reconocimiento de la violencia sobre la mujer y de la necesidad de protección, el Caucus de Mujeres por una Justicia de género resultó ser enormemente influyente en el proceso de redacción del ER, e introdujo el debate sobre la sanción del embarazo forzado como un punto de gran relevancia, a pesar de tratarse de una cuestión delicada. De hecho, este término resultó ser problemático, ya que algunos actores temían que pudiera construirse de tal forma que impusiera la obligación a los Estados de conceder el derecho a abortar a las mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza⁷¹¹. Finalmente el crimen quedó prohibido como crimen contra la humanidad y crimen de guerra en los arts. 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ER, entendiendo como tal “el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho Internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”⁷¹². El último punto se introdujo como concesión a las tensiones mostradas por los Estados más recalcitrantes a la inclusión del crimen en el tratado⁷¹³.

4.3.2. La primera interpretación y aplicación del crimen de embarazo forzado

La definición del crimen de embarazo forzado se compone de dos elementos, el objetivo y el subjetivo. El primero es el relativo al “confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha

⁷⁰⁹ Fourth World Conference on Women, Beijing, China, *Report of the Fourth World Conference on Women*, UN Doc. A/CONF.177/20, 17-10-95, § 114.

⁷¹⁰ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/52 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada en la 52ª sesión, 17-04-98, § 4.

⁷¹¹ SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal...* *op. cit.*, p. 116, en relación a la oposición mostrada por Arabia Saudí, Irán y el Vaticano. Para más detalles sobre las diferentes posiciones presentadas en el proceso de redacción véase DRAKE, Alyson M., *op. cit.*, pp. 606-608; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, pp. 254-255.

⁷¹² Art. 7(2)(f) del ER.

⁷¹³ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 255, donde los autores señalan que finalmente se acordó que el debate sobre el aborto se trasladara y continuara en el contexto de los derechos humanos, alejándolo así del debate sobre los crímenes contra la humanidad. Sobre la relación del crimen con las legislaciones nacionales sobre el aborto véase MARKOVIC, Milan, *op. cit.*, pp. 445-448.

dejado embarazada por la fuerza” mientras que el segundo se refiere a “la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional”⁷¹⁴. El ER no ofrece más aclaraciones y recurrir a los Elementos tampoco solventa las dudas que suscita esa definición, ya que éstos únicamente añaden la referencia a los elementos contextuales de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. El elemento que mayores dificultades plantea es precisamente el subjetivo, ya que se trata de único crimen de violencia sexual que exige un dolo especial.

Una de las cuestiones que este crimen suscita en la doctrina es la de si el confinamiento tiene que ser llevado a cabo por la misma persona que comete el acto de violación o el acto que resulte en el embarazo de la mujer⁷¹⁵. La CPI ha aclarado esta cuestión afirmando que la comisión de este crimen no depende de la implicación del autor del confinamiento ilícito en el acto de concepción, ya que sólo se exige que éste sepa que la víctima ha quedado embarazada por la fuerza. Los jueces entienden que el crimen consiste en colocar a la víctima en una situación en la que no le sea posible decidir si seguir adelante o no con el embarazo⁷¹⁶, es decir, mediante el crimen de embarazo forzado se sanciona el confinamiento que impide detener la gestación y no el acto anterior que lleva a la concepción. Así, como acertadamente señalaba Markovic “[T]he indignity central to the crime of forced pregnancy is not being forcibly made pregnant - which will usually be punishable as rape or some other crime - but rather that a woman is being forced to carry a child against her will. If it were otherwise, the Statute would criminalize ‘forced impregnation’ not ‘forced pregnancy’”⁷¹⁷. En este caso la SCP II no tuvo mayores dificultades para constatar el crimen de embarazo forzado ya que las víctimas, además de ser esposas forzadas y esclavas sexuales, estaban recluidas y no podían huir del ERS para poner fin al embarazo.

Sin embargo, no hay duda de que, tal y como se desprende de la definición, al crimen de embarazo forzado subyace a aquél que previamente ha consistido en dejar embarazada a la víctima a la fuerza, esto es, el acto de concepción forzosa en sí, pues es preciso que quien

⁷¹⁴ Art. 7(2)(f) del ER. Si bien el ER sólo recoge la definición del embarazo forzado en el apartado sobre crímenes contra la humanidad, la definición es igualmente aplicable al crimen de guerra de embarazo forzado, pues sólo varía el contexto de comisión.

⁷¹⁵ BOON, Kristen, *op. cit.*, p. 660.

⁷¹⁶ ICC *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16, § 99.

⁷¹⁷ MARKOVIC, Milan, *op. cit.*, p. 447.

confina ilícitamente sepa que ésta ha quedado embarazada contra su voluntad. En este sentido, la imputación de este crimen carecería de lógica si no se acompañara de aquél que ha dado lugar al embarazo, como la violación o la esclavitud sexual⁷¹⁸. De tratarse de sujetos distintos, ambos deberían ser imputados por los crímenes correspondientes, por violación quien deja embarazada a la víctima, y por crimen de embarazo forzado quien la confina ilícitamente. En cualquier caso, se trata de crímenes independientes, de modo que aún en ausencia del responsable de la violación, el autor del crimen de embarazo forzado debe ser enjuiciado. Como sabemos, en el caso *Ongwen*, la Fiscalía imputó al acusado el crimen de embarazo forzado junto con otros crímenes de violencia sexual, por lo que esta cuestión no ha suscitado un mayor debate, menos aún cuando la autoría tanto del crimen de embarazo forzado como del de violación o esclavitud sexual que desembarcaron en la concepción involuntaria de las mujeres recaía sobre el propio Ongwen. Cuestión diferente será probar este crimen, llegado el caso, cuando los autores de ambos crímenes no sean los mismos, teniendo en cuenta las dificultades probatorias que podrán suscitarse⁷¹⁹.

No obstante, como adelantábamos, es el elemento subjetivo de este crimen el que hace su aplicación especialmente compleja. El confinamiento debe realizarse con la intención específica, o dolo especial, ya sea de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho Internacional. Este requisito, ausente en el resto de crímenes sexuales contemplados en el ER, genera serias dudas a la hora de traducirlo en una aplicación práctica. Y es que, llegados a este punto cabe preguntarse si el crimen de embarazo forzado implica, además, un dolo especial por parte del autor respecto al resultado del embarazo. En el caso *Ongwen*, la CPI señaló que la intención especial sobre el resultado de la gestación sólo cobra importancia cuando la intención del crimen es cambiar la composición étnica de un grupo, pues en tal caso, resulta evidente que no podría lograrse ese resultado a menos que el nacimiento de la criatura tenga lugar. Ongwen no cometió el crimen de embarazo forzado con esa intención, sino con la de cometer otras violaciones graves del Derecho Internacional, que incluían la violación, la esclavitud sexual, el matrimonio forzado,

⁷¹⁸ Aunque generalmente serán estos crímenes los que dejen embarazada a una mujer por la fuerza, no puede descartarse la concepción forzada como resultado de experimentos médicos o científicos, que en tiempos de conflicto armado podría sancionarse bajo el crimen de guerra recogido en los arts. 8(2)(b)(x) y 8(2)(e)(xi): “Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud.”

⁷¹⁹ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *op. cit.*, p. 105.

la esclavitud y la tortura⁷²⁰. Su caso se encuadra pues en el segundo escenario previsto en el art. 7(2)(f) del ER.

Más allá de esa diferenciación entre la intención que sustenta el crimen en un escenario u otro y la relevancia de la intención específica del resultado, la CPI no ha abordado lo que entiende por ‘intención de modificar la composición étnica de una población’, pero se trata sin duda del escenario más complejo de los dos. Lirola Delgado y Martín Martínez consideran que “a la vista de esta condición, este crimen sólo podría producirse en aquellos contextos culturales en los que la condición étnica del individuo se deriva únicamente de la etnia del padre” y que en aquéllas circunstancias en las que se persiga “la pérdida/alteración de las condiciones étnicas propias de un pueblo indígena, parece que lo más apropiado sería su enjuiciamiento como genocidio”⁷²¹. Otras voces también se han mostrado inquietas por este requisito introducido en el ER al entender que antepone la protección colectiva en detrimento de la protección individual de la mujer:

“The language as it currently stands establishes forced pregnancy as a crime of an individual or individuals against a different ethnic group—rather than a crime against an individual woman. The wrong is clearly focused on the perpetrator’s intent to have a harmful effect on the victim’s ethnic group, not on the harm the woman will suffer from the confinement itself and the result of the confinement—bearing a rapist’s offspring.”⁷²²

No cabe duda de que a la CPI le resultará difícil aplicar el crimen de embarazo forzado en el primer escenario, ya que para ello deberá considerar qué entiende por modificación étnica y bajo qué parámetros cabe darse ésta, además de tener que probar la intención del autor en relación al término de la gestación. Por estos motivos, resulta difícil imaginar que puedan darse estas circunstancias si no es en el contexto de un genocidio, siendo más sencillo probar la intención específica del crimen de embarazo forzado cuando el confinamiento ilícito de una mujer embarazada por la fuerza persigue el objetivo de cometer otros crímenes internacionales, sean o no de naturaleza sexual. Así pues, en este contexto, el confinamiento puede tener como objeto la comisión de abusos sexuales, así como la comisión de cualquier otra violación grave del Derecho Internacional, como la tortura o la desaparición forzada⁷²³.

⁷²⁰ *Ibid.*, §§ 100-101.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 106.

⁷²² DRAKE, Alyson M., *op. cit.*, p. 617.

⁷²³ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *op. cit.*, p. 106.

Finalmente, la CPI tampoco ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la última cuestión reflejada en la definición del crimen, es decir, el derecho a abortar de la mujer embarazada forzosamente. Como ya se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta referencia a las normas nacionales de embarazo no debe entenderse ni como la promoción ni como la prohibición del aborto⁷²⁴, aunque en la práctica, toda interpretación de este punto nos lleva a concluir que conduce a la desprotección de la mujer. De los términos del ER se desprende claramente que este crimen no abarca aquellos casos en los que una mujer ha quedado embarazada contra su voluntad tras una violación, por más que ésta constituya un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra. Sin embargo, cabe plantearse si podría hablarse del crimen de embarazo forzado en un supuesto en el que, de conformidad con la legislación nacional, un individuo mantiene confinada a una mujer que ha quedado embarazada por la fuerza con la intención de evitar que aborte. En este caso será extremadamente difícil calificar dicha conducta como crimen de embarazo forzado a menos que se demuestre la existencia del dolo especial bien para modificar la composición étnica de la población a la que pertenece la víctima o bien para cometer otras violaciones de Derecho Internacional. Mientras no pueda probarse que quien confina a una mujer embarazada forzosamente persigue uno de esos dos objetivos y sólo pueda probarse que la intención era evitar el aborto, para desgracia de la víctima el acto difícilmente será perseguible si la legislación nacional prohíbe el aborto.

Lo cierto es que a pesar del gran avance que supuso la criminalización del crimen de embarazo forzado en el ER, su definición resulta muy perjudicial en la práctica para la protección individual de las mujeres. Como decimos, prioriza la del grupo étnico en lugar de anteponer la autonomía y libertad sexuales de la víctima, que es quien sufre todas las atrocidades que subyacen a este crimen, esto es, la violación, la gestación y el confinamiento, todos ellos forzosamente. Estas cuestiones hacen necesaria una revisión de la definición del crimen, que debería desembocar en la eliminación del dolo especial del texto con el fin de igualar la *mens rea* a la del resto de crímenes contra la humanidad y de guerra⁷²⁵. Por el momento no puede decirse que la CPI haya hecho una interpretación restrictiva para las víctimas, pero también es cierto que las particularidades que envuelven el caso *Ongwen* no presentaban grandes retos en este sentido, pues ni cabe hablar de un conflicto étnico, ni de la

⁷²⁴ ASKIN, Kelly D., "Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court" en *Criminal Law Forum*, vol. 10, nº 1, 2000, p. 46.

⁷²⁵ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *op. cit.*, p. 107; DRAKE, Alyson M., *op. cit.*, pp. 620-623.

intención de confinar a las mujeres con el fin de que no aborten. En pocas palabras, parece dudoso que pueda cuestionarse la comisión de este crimen en el caso contra Ongwen, ya que hubo violaciones y esclavitud sexual que resultaron en numerosos embarazos durante el tiempo que duró el confinamiento de las víctimas. Aún así, tratándose de la primera vez que se aborda este crimen ante un tribunal internacional, la CPI podría haber ofrecido un análisis más profundo o detallado. La sentencia de la SPI será previsiblemente más esclarecedora al respecto, aunque, en cualquier caso, los grandes retos sobre la aplicación de este crimen están aún por llegar.

4.4. Un estudio particular de la violencia sexual contra niñas soldado

Hasta la actualidad los esfuerzos de la CPI en condenar la violencia sexual y de género se han centrado en los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra contra civiles, tal y como se ha expuesto en las secciones anteriores. Sin embargo, la jurisprudencia reciente ha ido un paso más allá, considerando como crímenes de guerra actos de violencia sexual cometidos contra niñas soldado por miembros de su mismo grupo. Se trata de un escenario novedoso en la justicia internacional, ya que es la primera vez que se presentan cargos de este tipo. Asimismo, esta perspectiva plantea la posibilidad de desviarse del concepto tradicional del crimen de guerra entendido como un crimen que únicamente puede ser cometido contra civiles o miembros de fuerzas armadas grupos armados adversarios⁷²⁶. En el caso particular que abordaremos a continuación, se analizará bajo qué parámetros y normas puede sancionarse la violencia sexual cometida contra niñas soldado por parte de miembros del grupo armado al que éstas son adscritas de manera ilícita a través del crimen de guerra de alistamiento, reclutamiento o utilización activa en las hostilidades de menores de 15 años.

Esta última jurisprudencia deriva del caso *Ntaganda*, centrado en los crímenes presuntamente cometidos por los miembros de los grupos UPC/FPLC en el contexto del conflicto de carácter no internacional de Ituri, en la RDC, entre 2002 y 2003, conflicto durante el cual este acusado fue presunto comandante militar de esos grupos. La SCP II de la

⁷²⁶ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *op. cit.*, p. 67.

CPI confirmó los cargos en su contra en junio de 2014⁷²⁷, entre los que se incluyeron por primera vez crímenes de violencia sexual contra niñas soldado cometidos por parte de miembros de dichos grupos. A pesar de que el ER no contemple de manera específica la violencia sexual cometida contra niños soldado como un crimen de su competencia, los actos de esa índole pueden ser enjuiciados a través de las disposiciones relativas a estos crímenes que contiene el tratado.

Ahora bien, para que los crímenes sexuales constituyan crímenes de guerra y puedan ser enjuiciados como tal, los actos no sólo deben haberse cometido en el contexto de un conflicto armado y asociados a éste⁷²⁸, sino que deben constituir una violación de las normas aplicables del DIH (arts. 8(2)(b) o 8(2)(e) del ER). Este último requisito es precisamente el que podría dificultar, *a priori*, la posibilidad de perseguir los crímenes de índole sexual contra las niñas soldado cometida por miembros de su mismo grupo como crímenes de guerra, ya que el DIH protege, con carácter general, a las personas que no participan directamente en las hostilidades—lo que incluye a civiles, soldados heridos o prisioneros de guerra⁷²⁹. En cambio, el DIH no regula de forma específica los actos ni las conductas de los combatientes hacia compañeros o miembros de su mismo grupo, ya que se viene asumiendo que éstos se regularán, y en su caso se sancionarán, en el ámbito del derecho penal o militar interno del beligerante⁷³⁰. No obstante, hay excepciones a esta norma general y el crimen de guerra de alistamiento, reclutamiento de o utilización de menores de 15 años en las hostilidades es una de ellas⁷³¹.

Determinar si la violencia sexual cometida contra niños soldado, y especialmente niñas, por miembros de sus grupos armados puede constituir una violación del DIH y por tanto un crimen de guerra ha sido, precisamente, el debate central en el caso *Ntaganda*. En otras

⁷²⁷ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda” PTC II, 09-06-14, §§ 76-82.

⁷²⁸ Elementos de los Crímenes, art. 8; CASSESE, Antonio, “The Nexus Requirement for War Crimes” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n° 5, 2012, pp. 1395–1417.

⁷²⁹ LA HAYE, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 118-119; CASSESE, Antonio, “The Nexus Requirement... *op. cit.*”, pp. 1396–1397.

⁷³⁰ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, *et al.*, *op. cit.*, p. 67.

⁷³¹ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 303. La Defensa de Ntaganda ha alegado que este crimen se comete contra civiles, ya que los niños son civiles cuando son alistados o reclutados, *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Consolidated submissions challenging jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Updated Document containing the charges”, TC VI, 07-04-16, § 22, nota al pie 32. No obstante, cuando son utilizados para participar activamente en las hostilidades ya han perdido su condición de civiles, por lo que sí cabría afirmar que el crimen de utilización de niños soldado es cometido por miembros de una misma fuerza armada en el caso de considerar que las víctimas en este caso son combatientes.

palabras, analizar si las niñas soldado pueden ser víctimas de los crímenes de guerra recogidos en el art. 8(2)(e)(vi) del ER⁷³² en aplicación de la protección general que otorga el DIH ante la violencia sexual y en aplicación de la protección especial que les brinda por tratarse de niños, independientemente de su participación en las hostilidades, ha sido la gran aportación de la jurisprudencia más reciente de la CPI. En este sentido, como bien señalan Lirola Delgado y Martín Martínez, la investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes de violencia sexual cometidos contra niñas soldado es extremadamente compleja debido a su especialidad y a las deficiencias del marco jurídico aplicable, ya que, además de las normas internacionales que les resultan específicamente aplicables como niñas soldado—que no siempre contemplan adecuadamente la protección contra la violencia sexual—, no hay que perder de vista la protección de la que son titulares en general en el contexto de un conflicto armado⁷³³, protección que quedaría intacta ante la violencia sexual.

4.4.1. El crimen de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización de niños soldado y su protección frente a la violencia sexual en la jurisprudencia previa

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 fueron los primeros instrumentos internacionales de DIH en codificar la prohibición del uso de niños soldado⁷³⁴. El Derecho Internacional de los derechos humanos también recogió la prohibición de esta conducta en los arts. 38(2) y (3) de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷³⁵, instrumento que ha sido ratificado por 196 Estados y que permitiría afirmar el carácter consuetudinario de esta prohibición⁷³⁶. El art. 77(2) del Protocolo Adicional I, aplicable a los conflictos armados internacionales, exige que los Estados parte tomen todas las medidas

⁷³² “Art. 8 del ER

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;”

⁷³³ LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, M^a Magdalena, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁷³⁴ Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, sobre la protección de víctimas de conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 3 y Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, sobre la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales, 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 609, entrada en vigor de ambos tratados el 7 de diciembre de 1978.

⁷³⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

⁷³⁶ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, pp. 463-464.

posibles para prevenir que los niños menores de 15 años participen en las hostilidades y, en particular, que se abstengan de reclutarlos en sus fuerzas armadas⁷³⁷. Asimismo, también dispone que los niños que participen directamente en las hostilidades continúan siendo objeto de protección especial si ‘caen en poder del adversario, sean o no prisioneros de guerra’⁷³⁸.

El Protocolo Adicional II, aplicable a los conflictos internos, en su art. 4(2)(e) prevé la protección general de civiles o personas que no participen directamente en las hostilidades contra la violencia sexual. En su art. 4(3), en cambio, se recoge la protección especial dirigida a los niños en los conflictos armados, disposición que señala que “se proporcionará a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten” y especifica que “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades” (art. 4(3)(c))⁷³⁹. El art. 4(3)(d) del Protocolo Adicional II recoge igualmente que “la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados”. En virtud de este art. 4 del Protocolo Adicional II, los niños soldado son por tanto titulares de las protecciones generales, entre otras, contra la violencia sexual recogida en el art. 4(2)(e) y de la protección especial otorgada específicamente a los niños en el art. 4(3).

A partir de estas normas de DIH, el ER fue el primer tratado de Derecho Internacional Penal en criminalizar la utilización de los niños soldado⁷⁴⁰. Su art. 8(2)(b)(xxvi) reconoce el

⁷³⁷ El comentario al Protocolo Adicional I, elaborado en 1987 por el Comité presidido por Jean Pictet, expone el motivo por el que fue introducida esta disposición: “[R]ecent conflicts have all too often shown the harrowing spectacle of boys, who have barely left childhood behind them, brandishing rifles and machine-guns and ready to shoot indiscriminately at anything that moves. Participation of children and adolescents in combat is an inhumane practice and the ICRC considered that it should come to an end. It entails mortal danger for the children themselves, but also for the many people who are exposed to their erratic.” § 3183. Véase SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987. Sin embargo, como puede observarse el comentario no hace ninguna referencia a las niñas soldado o a la explotación sexual de los niños en el seno de las fuerzas armadas, de lo que se deduce que estas consideraciones no constaban como una preocupación para los redactores. Aunque el comentario no sea legalmente vinculante, ilustra la invisibilidad que ya en 1987 sufrían las niñas soldado en el desarrollo del DIH, lo que a su vez ayuda a explicar las dificultades actuales en el uso de este marco legal para su protección. Acceso al documento en el siguiente enlace: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf (última visita 18-05-17)

⁷³⁸ Arts. 77(1) y 77(3) del Protocolo Adicional I.

⁷³⁹ El comentario al Protocolo Adicional II señala que la participación en las hostilidades incluye la participación en operaciones militares como la recogida de datos o información o la transmisión de órdenes, pero no hace referencia a la utilización de niños soldado con fines sexuales, § 4557.

⁷⁴⁰ En 2004 la SA del TESL afirmó que el reclutamiento y alistamiento de niños soldado y su uso en la participación activa de las hostilidades ha sido criminalizado bajo el derecho internacional consuetudinario al

reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o su utilización para participar activamente en las hostilidades como crímenes de guerra en un conflicto armado internacional, mientras que el art. 8(2)(e)(vii) reconoce los mismos actos como crímenes de guerra en un conflicto armado de carácter interno⁷⁴¹. Aunque estas disposiciones no contemplan la violencia sexual, en el caso *Lubanga* la CPI presenció por vez primera declaraciones y testimonios sobre violencia sexual contra niñas soldado cometida por miembros de su mismo grupo. El entonces fiscal Moreno-Ocampo no incluyó crímenes de violencia sexual contra las menores soldado en el acta de acusación, lo que atrajo críticas de los grupos de víctimas y ONGs, críticas de las que posteriormente se haría eco la CPI en sus decisiones⁷⁴². En el informe final del caso, Moreno-Ocampo sostuvo que la violencia sexual ejercida contra las niñas formaba parte del crimen de guerra de utilización de menores para hacerles partícipes activas en las hostilidades, es decir, tratándose de un conflicto interno, quedaba subsumida en el tipo penal del art. art. 8(2)(e)(vii)⁷⁴³.

No obstante, aunque *Lubanga* fue condenado por el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de 15 para hacerlos participar de manera activa en las hostilidades, la mayoría de la SPI I rechazó decidir si la utilización de niñas soldado para fines sexuales quedaba incluida en el concepto de ‘participación activa’ debido a que la Fiscalía no había introducido pruebas al respecto en la fase correspondiente del procedimiento⁷⁴⁴, por lo que la calificación de la violencia sexual sufrida por éstas y su encaje en el ER quedó sin resolverse. Sin embargo, en relación al concepto de participación activa la SPI I señaló que “[T]hose who participate actively in hostilities include a wide range of individuals, from those on the front line (who participate directly) through to the boys or girls who are involved in a myriad of roles that support the combatants”⁷⁴⁵. El factor principal para determinar si una actividad suponía participación activa en las hostilidades, era observar si el apoyo o colaboración brindada por éstos les exponía a un peligro real como objetivo

menos desde 1996. Véase Sam Hinga Norman, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction: Child Recruitment, 31-05-04, §s 50-53.

⁷⁴¹ En el Estatuto del TESL, adoptado en el año 2000, se introdujo una disposición prácticamente idéntica en su art. 4(c).

⁷⁴² AMANN, Diane Marie, “Children” en William A., Schabas, *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 261.

⁷⁴³ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Prosecution’s Closing Brief”, TC I, 01-06-11, §s 139-143.

⁷⁴⁴ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12, § 630.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, § 628.

potencial⁷⁴⁶, es decir, se trataba de un test centrado en los peligros o riesgos impuestos a los niños soldado por el bando contrario en el conflicto, lo que excluía a todas luces consideraciones relativas a la violencia sexual perpetrada contra éstos por sus compañeros⁷⁴⁷.

En su opinión contraria, la jueza Odio Benito expuso que era plausible entender que el crimen de utilización de niños para que participen activamente en las hostilidades puede abarcar también la utilización de niñas soldado para fines sexuales por parte de miembros del mismo grupo armado:

“Children are protected from child recruitment not only because they can be at risk for being a potential target to the ‘enemy’ but also because they will be at risk from their ‘own’ armed group who has recruited them and will subject these children to brutal trainings, torture and ill-treatment, sexual violence and other activities and living conditions that are incompatible and in violation to these children’s fundamental rights. The risk for children who are enlisted, conscripted or used by an armed group inevitably also comes from within the same armed group.”⁷⁴⁸

Observó así que resulta discriminatorio excluir la violencia sexual del tipo penal de reclutamiento o alistamiento de niños soldado debido al impacto de género que causa sobre las niñas de forma tan notoria en virtud de las diferentes tareas adjudicadas a ellas frente a las adjudicadas a los niños⁷⁴⁹, consideración que en la doctrina se ha estimado coherente con el art. 21(3) del ER y con el deber de la CPI de realizar una interpretación y aplicación del ER y del resto de fuentes del derecho conforme a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y sin distinción desfavorable sobre la base de ciertos fundamentos, entre otros, el género⁷⁵⁰.

Sin embargo, la postura de la jueza también ha encontrado oposición, pues algunos juristas consideran que interpretar este crimen de manera que incluya la finalidad sexual de los niños

⁷⁴⁶ *Ibid.*,

⁷⁴⁷ JØRGENSEN, Nina H. B., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 11, n° 4, 2012, pp. 670-671.

⁷⁴⁸ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, TC I, 14-3-12, § 19.

⁷⁴⁹ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, TC I, 14-3-12, §§ 20-21.

⁷⁵⁰ Art. 21(3) del ER:

“La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin 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.” Véase GREY, Rosemary, “Sexual Violence against Child Soldiers” en *International Feminist Journal of Politics*, vol. 16, n° 4, 2014, pp. 601-621. Documento disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14616742.2014.955964?scroll=top&needAccess=true> (última visita 18-05-17).

soldado supondría violar el principio de legalidad establecido en el art. 22 del ER⁷⁵¹. En virtud de esta disposición la CPI no puede declarar responsable a un individuo cuyos actos no eran constitutivos de un crimen de su competencia en el momento de su comisión, además de señalar de manera inequívoca que la “definición del crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía” y que “en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”⁷⁵². Asimismo, también hay quien sostiene que entender que el crimen de guerra recogido en este caso en el art. 8(2)(e)(vii) del ER incluye la violencia sexual cometida contra las niñas soldado, minaría eventualmente la protección de éstas en el seno de algunos grupos armados, ya que, en virtud del DIH, las personas que participan activamente en las hostilidades pierden su protección contra los ataques del adversario. En consecuencia, las niñas sometidas a servicios sexuales por y para miembros de sus propios grupos armados pero que no participan de ninguna otra manera en actividades militares podrían verse afectadas negativamente al considerar que estos servicios constituyen una participación activa en las hostilidades⁷⁵³. Sin embargo, como abordaremos más adelante, estas preocupaciones carecen de fundamento, ya que la extensión del concepto de ‘participación activa’ con el fin de incluir las múltiples actividades a las que se someten a los niños soldado, violencia sexual inclusive, no implica que estos niños pierdan la protección del DIH ante este tipo de violencia, provenga ésta de donde provenga.

Aunque la manera en la que la jueza Odio Benito proponía abordar la violencia sexual cometida contra niñas soldado planteaba dificultades jurídicas, observó que este tipo de crímenes deberían de haberse imputado como cargos independientes⁷⁵⁴. Sin embargo, al no procederse de esa manera, la jueza realizó la construcción del art. 8(2)(e)(vii) del ER de tal forma que la violencia sexual cometida contra niñas soldado por sus grupos pudiera quedar encapsulada, al menos, dentro de este tipo, y así extender la sanción no sólo sobre las actividades que implicaban acción, propiamente dicha, por parte de los niños, sino también aquellas actividades no relacionadas directamente con las hostilidades como podía ser la

⁷⁵¹ JØRGENSEN, Nina H. B., *op. cit.*, pp. 679-684; AMBOS, Kai, “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues” en *International Criminal Law Review*, vol. 12, n° 2, 2012, p. 137.

⁷⁵² Art. 22 del ER.

⁷⁵³ GREY, Rosemary, *op. cit.*, ver nota 750; TAN, Joe, “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga” en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012, p. 141.

⁷⁵⁴ ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, TC I, 14-3-12, § 20.

violencia sexual sufrida por las niñas soldado. En cualquier caso, independientemente de las limitaciones de su decisión, ofreció argumentos valiosos sobre la necesidad de tener en cuenta las dimensiones sexuales y de género en los crímenes contra los niños soldado, razonamientos que sin duda influyeron y sirvieron para que la CPI comenzara a dar visibilidad a la violencia sexual sufrida por las niñas soldado dentro de sus grupos armados, estrenando este enfoque, como se estudiará a continuación, con el caso *Ntaganda*.

La formulación de cargos independientes a la que se refirió la jueza Odio Benito fue precisamente la vía escogida por el TESL, en la que por un lado se presentaron cargos de crímenes de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización de menores de 15 años, y de otro, cargos por crímenes de violencia sexual y matrimonio forzado⁷⁵⁵. Este método fue más eficaz, ya que la presentación de cargos diferenciados permitió abarcar las diferentes violencias sufridas por los niños en el conflicto armado. No obstante, la violencia sexual cometida contra las niñas soldado por parte de sus compañeros no fue abordada en el TESL, pues en este contexto las víctimas de los crímenes sexuales fueron identificadas como civiles, mujeres y niñas, o ‘esposas forzadas’⁷⁵⁶, de manera que la práctica de este tribunal no puede considerarse un antecedente sólido sobre esta cuestión que la CPI finalmente se ha decidido a tratar. Podría decirse que, a excepción del caso *Taylor*, en el que se admitió la violencia sexual cometida contra una niña soldado por parte de miembros de su grupo armado, los abusos sexuales de toda naturaleza cometidos contra niñas soldado tampoco ha sido lo suficientemente visible en la jurisprudencia de este tribunal.

⁷⁵⁵ Como ya se ha señalado en el apartado anterior, en el caso *Taylor* el ex presidente de Liberia fue acusado y declarado culpable de once crímenes bajo el Estatuto del TESL, que incluían crímenes de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldado, así como cargos de crímenes contra la humanidad de violación y esclavitud sexual y ultrajes contra la dignidad personal como crimen de guerra. El primero de los crímenes no se basó en pruebas de violencia sexual, al contrario que los crímenes restantes, que sí fueron fundados sobre la base de las pruebas de violencia sexual cometida contra niñas secuestradas por los grupos armados. Véanse *Taylor*, SCSL-03-01-T, Judgment, 18-05-12 y SCSL-03-01-A, Judgment, 26-03-13.

⁷⁵⁶ *Brima et al*, SCSL-04-16-T, Judgment, 20-06-07, §s 966-1068; *Brima et al*, SCSL-04-16-A, Judgment, 22-02-08, §s 175-203.

4.4.2. La primera aproximación sobre la aplicación de los crímenes de guerra de naturaleza sexual cometidos contra niñas soldado por miembros del mismo grupo

En el caso *Ntaganda* la CPI aborda por vez primera tanto el crimen de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización de niños menores de quince para participar activamente en las hostilidades, como los crímenes de violencia sexual cometidos contra niñas soldado por parte de miembros de sus propios grupos armados mediante la imputación individualizada de los cargos, tal y como se debió de haber procedido años atrás en el caso *Lubanga*. Asimismo, la Fiscalía incluyó en la solicitud de confirmación de cargos los actos relativos a crímenes de guerra por violación y esclavitud sexual cometidos contra civiles y contra niñas soldado de forma diferenciada.

La Defensa se opuso a éstos últimos cargos esgrimiendo que el principio de legalidad no permitía imputar los crímenes de violencia sexual como crímenes de guerra en este contexto porque el DIH no protege a los combatientes de los crímenes cometidos por miembros de su grupo, entendiéndose que éstos deben sancionarse mediante el derecho nacional o el Derecho Internacional de los derechos humanos. Asimismo, sus alegaciones se centraban en el art. 4(3)(d) del Protocolo Adicional II, el cual, como se ha señalado anteriormente, afirma que “la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y *han sido capturados*”, disposición que, según la Defensa, sólo protege a los niños soldado que han sido capturados por el bando adversario en el conflicto y que, por tanto, no puede ser empleada para extender la definición de los crímenes de guerra bajo el art. 8 del ER a los crímenes cometidos contra miembros del mismo grupo⁷⁵⁷.

La Fiscalía, por su parte, había subrayado que los niños soldado gozan tanto de las protecciones generales del art. 4 del Protocolo Adicional II contra la violencia sexual, así como de la protección especial del art. 4(3) del mismo por su condición de niños, protecciones ambas que permitirían reconocerlos como víctimas de crímenes de guerra de violencia sexual con arreglo al art. 8(2)(e)(vi) del ER:

⁷⁵⁷ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda” PTC II, 09-06-14, § 76.

“UPC/FPLC commanders and soldiers raped and sexually enslaved their soldiers without regard to age, including child soldiers under the age of 15 ... UPC/FPLC commanders and soldiers referred to child soldiers (and other girls and women in the UPC/FPLC above the age of 15) as *guduria*, a large cooking pot, to mean that they could be used for sex whenever the soldiers wanted them for that purpose. The rape and sexual enslavement of child soldiers by the UPC-FPLC commanders and soldiers constitute war crimes. Child soldiers are afforded general protections against sexual violence under the fundamental guarantees afforded to persons affected by non-international armed conflicts [PA II, art. 4; Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949]. They also have special protections because of their vulnerability as children [PA II, art. 4(3)]. Both of these levels of protection support the recognition of child soldiers as victims of sexual violence for the purposes of charges under article 8(2)(e)(vi).”⁷⁵⁸

En este sentido, argumentó que imputar los cargos de violencia sexual contra niñas soldado como crímenes de guerra bajo el art. 8(2)(e)(vi) del ER no viola el principio de legalidad, ya que ni implican la creación de un nuevo crimen ni la extensión uno existente por analogía⁷⁵⁹. Bensouda apuntó, acertadamente a nuestro entender, que estaba promoviendo legítimamente una interpretación teleológica del art. 8(2)(e)(vi) del ER y del Protocolo Adicional II que incluía tres cuestiones⁷⁶⁰. En primer lugar, la fiscal advirtió que a pesar de que el DIH generalmente no prevé la protección de los combatientes frente al daño causado por compañeros del grupo armado, ésta no es una presunción irrefutable, señalando que la prohibición de alistar, reclutar y utilizar niños soldado existe con el fin de otorgar a los niños protecciones inderogables precisamente por tratarse de un colectivo particularmente vulnerable⁷⁶¹. En segundo lugar, observó que si bien éstos pueden perder su protección contra los ataques cuando participan activamente en las hostilidades, continúan siendo titulares de otras protecciones especiales bajo el DIH, incluyendo la protección contra la violencia sexual, una protección avalada por el Derecho Internacional consuetudinario⁷⁶².

En otras palabras, su participación activa en las hostilidades no los priva, por ejemplo, de poder ser disparados legítimamente por el adversario en el contexto del ataque. Sin embargo, la pérdida de esa protección respecto al ataque mientras dure la participación no conlleva perder la protección que el DIH ofrece ante la violencia sexual aunque ésta sea cometida por miembros del mismo bando. En tercer lugar, cuestionó que la protección prevista en el art. 4(3)(d) del Protocolo Adicional II sólo pueda darse cuando los niños son capturados por el bando contrario, ya que se trataría de una interpretación excesivamente restrictiva y opuesta al

⁷⁵⁸ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Document Containing the Charges”, PTC I, 10-01-14, §s 100, 107.

⁷⁵⁹ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Public Redacted Version of Prosecution's submissions on issues that were raised during the confirmation of charges hearing”, PTC II, 24-03-14, § 186.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, §s 183-185.

⁷⁶¹ *Ibid.*, § 187.

⁷⁶² *Ibid.*, § 188.

propósito de la disposición, que en virtud del comentario al Protocolo, no es otra que la protección de los niños como grupo vulnerable, sin limitar por tanto esa protección a los casos en los que los niños sean capturados⁷⁶³.

Sin embargo, pese a las interesantes cuestiones presentadas por ambas partes, los jueces no se basaron en ninguno de los argumentos expuestos y ni siquiera entraron a discutir el fondo de las cuestiones principales planteadas, es decir, no respondieron si la protección especial otorgada a los niños en el art. 4(3) del Protocolo Adicional II está supeditada a la captura por el adversario como sostenía la Defensa, ni si el DIH regula de alguna manera la conducta de los combatientes respecto a miembros de la misma fuerza militar. Algunas voces han señalado que la controvertida naturaleza del caso *Ntaganda* en relación a la violencia sexual se deriva de lo dispuesto por la CPI anteriormente en la sentencia contra Lubanga⁷⁶⁴, en la que como se ha señalado previamente, los jueces adoptaron una definición muy amplia del concepto ‘participación activa en las hostilidades’ con el fin de incluir una gran variedad de actividades en el tipo y así poder considerar como víctimas a los máximos niños posibles que habían sido reclutados forzosamente bajo el art. 8(2)(e)(vii) del ER. Ya se señaló entonces que esa definición expansiva podría tener consecuencias negativas indeseadas al mismo tiempo para la protección de niños en conflictos armados.

En este sentido, Urban advierte que el art. 8(2)(e)(vi) debe interpretarse en su contexto jurídico, lo cual necesariamente implica aplicar el art. 3 común dirigido a la protección de quienes no participan directamente en las hostilidades. Esta jurista observa que cuanto más amplia sea la interpretación del término ‘participación activa’ bajo el art. 8(2)(e)(vii), más restringida será la protección disponible al amparo del art. 3 común y el art. 8(2)(c) del ER: “[S]hould the sexual exploitation of and violence against child soldiers render them ‘active’ participants in hostilities under one Article, there is a real risk that they will also be considered as active participants in hostilities under the others. This would result in these

⁷⁶³ *Ibid.*, § 189. El comentario adicho artículo dispone lo siguiente: “It should be recalled that the aim of this provision is to guarantee children special protection in the turmoil caused by situations of conflict. For this reason it seemed useful to specify in this sub-paragraph that children will continue to enjoy privileged rights in case the age limit of fifteen years laid down in subparagraph (c) is not respected. In this case making provision for the consequences of any possible violation tends to strengthen the protection.” Véase SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (Eds.), *op. cit.*, § 4559.

⁷⁶⁴ McDERMOTT, Yvonne, “ICC extends war crimes of rape and sexual slavery to victims from same armed forces” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 05-01-17. Disponible en: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2017/01/icc-extends-war-crimes-of-rape-and.html> (última visita 18-05-17).

children being excluded from the protection of Common Article 3 and Article 8(c) of the Rome Statute. This results in an overall net reduction in protection for those children that the Court is seeking to protect”⁷⁶⁵. En este sentido, cabe preguntarse si la participación activa de los niños soldado puede ser realmente un elemento determinante a la hora de determinar si éstos, que han sido reclutados, alistados o utilizados ilícitamente, pueden considerarse víctimas de violencia sexual, o si esa participación determina su pérdida a la protección frente a la violencia sexual concedida por el DIH cuando ésta provenga del seno de su grupo armado, dos preguntas que a nuestro juicio, deben responderse negativamente si se pretende proteger a este colectivo tan vulnerable.

Son éstas las cuestiones con las que en gran medida tuvieron que lidiar los jueces en el caso *Ntaganda* en la búsqueda de una protección para los niños soldado como víctimas del crimen de guerra de reclutamiento y utilización de menores de 15 y como víctimas de crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual. Alejándose de las alegaciones de Fiscalía y la Defensa, la SCP II de la CPI observó que, tratándose de un conflicto interno, son de aplicación el art. 3 común a los Convenios y el Protocolo Adicional II, de manera que para determinar si las niñas soldado víctimas de los crímenes de violación y esclavitud sexual eran titulares de la protección de estos instrumentos, debía analizar si éstas habían sido partícipes directas/activas en las hostilidades. A esta cuestión respondió que, en su caso, la sola afiliación al grupo armado no constituía una participación directa/activa en las hostilidades ni motivo para perder la protección del DIH, ya que su presencia en el grupo provenía de un acto ilícito:

“The mere membership of children under the age of 15 years in an armed group cannot be considered as determinative proof of direct/active participation in hostilities, considering that their presence in the armed group is specifically proscribed under international law in the first place. Indeed, to hold that children under the age of 15 years lose the protection afforded to them by IHL merely by joining an

⁷⁶⁵ URBAN, Nicole, “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 11-04-12. Disponible en:

<https://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/> (última visita 18-05-17).

En términos similares, Werle y Jessberger consideran que la interpretación amplia del concepto ‘participación activa’ conduce a la extensión de la protección de los niños por el Derecho Internacional Penal. Sin embargo, al mismo tiempo cuestionan que los niños implicados pierdan su condición protegida como personas fuera de combate, lo que en un ataque los convertiría en objetivos jurídicamente legítimos. En su opinión, el enfoque correcto sería construir la frase ‘participación activa’ en términos del contexto y propósito protector de la disposición en cuestión, lo que implicaría entender este término en un sentido más amplio en lo que respecta al crimen de utilización de niños soldado, y entenderlo de forma más restrictiva en el contexto del art. 3 común y el Protocolo Adicional II. Véase WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 466.

armed group, whether as a result of coercion or other circumstances, would contradict the very rationale underlying the protection afforded to such children against recruitment and use in hostilities.⁷⁶⁶

No obstante, seguidamente afirmó que esa protección sí la pierden cuando participan activamente en las hostilidades durante el período que dure dicha participación— sin referirse a lo que entiende por participación activa— aunque observó que en el caso de las niñas soldado víctimas de violación y esclavitud sexual, éstas no podían considerarse partícipes activas en las hostilidades mientras sufrían esos crímenes, ya que la naturaleza de éstos, que implica elementos de fuerza/coerción o el ejercicio de derechos de propiedad, *lógicamente* impiden una participación activa en las hostilidades al mismo tiempo⁷⁶⁷. Por consiguiente, la SCP II resolvió que las niñas soldado estaban protegidas por el DIH mientras los crímenes sexuales tuvieron lugar, pudiendo considerarlos crímenes de guerra al amparo del art. 8(2)(e)(vi) del ER⁷⁶⁸. Bajo esta interpretación, resultaba irrelevante determinar si las víctimas de violencia sexual habían ejercido como combatientes en el mismo grupo armado de Ntaganda, porque su falta de participación activa durante la comisión de estos crímenes sexuales las convertía en personas con el estatuto de protección del DIH respecto de los mismos. En otras palabras, las niñas pierden la protección del DIH mientras participan en las hostilidades, aunque, considerando que en el transcurso de los crímenes sexuales éstas no podían estar participando activamente, pueden considerarse víctimas de violación y esclavitud sexual.

La CPI basó este enfoque en el caso *Taylor* del TESL⁷⁶⁹, en el que se determinó que la violencia sexual cometida contra Akiatu Tholley, una niña soldado violada por miembros de su grupo armado, constituía un ultraje a la dignidad personal como crimen de guerra bajo el art. 3(e) del Estatuto del TESL⁷⁷⁰. Aunque al calificar esta violencia sexual como crimen de guerra el TESL no analizara la relevancia de la participación de la niña en el mismo grupo armado de sus agresores, la sentencia sí afirmó que no estaba participando activamente en las hostilidades en el momento de sufrir los crímenes sexuales⁷⁷¹. La SCP II siguió ese razonamiento con el fin de interpretar el art. 8(2)(e)(vi) del ER y aplicarlo específicamente al

⁷⁶⁶ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda” PTC II, 09-06-14, § 78.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, § 79. La cursiva es nuestra.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, § 80.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, § 79, nota al pie 318.

⁷⁷⁰ *Taylor*, SCSL-03-01-T, Judgment, 18-05-12, § 1206 (vii).

⁷⁷¹ *Ibid.*, § 1207.

enjuiciamiento de los crímenes de violencia sexual cometidos contra niñas soldado por miembros de su grupo.

A pesar de que en la aplicación de dicha disposición la decisión de la CPI se limitara a los crímenes de violación y esclavitud sexual, lo cierto es que, *a priori*, nada impediría aplicar el mismo razonamiento al resto de crímenes de violencia sexual recogidos en la misma. De igual manera, como señala Grey, de una lectura amplia de la decisión también cabría extraer que la protección del art. 8(2)(e)(vi) del ER se extiende a todas las combatientes de cualquier edad contra los abusos cometidos por sus compañeros⁷⁷² porque, si tal y como señaló la SCP II, ‘la naturaleza de estos crímenes, que implican elementos de fuerza/coerción o el ejercicio de derechos de propiedad, lógicamente impiden una participación activa en las hostilidades al mismo tiempo’⁷⁷³, el foco de atención se sitúa en la naturaleza de los crímenes sexuales y no en el estatuto de la víctima, pudiendo ser ésta tanto una niña o niño soldado como un o una combatiente adulta. De esta manera, el razonamiento de que los crímenes de violencia sexual no permiten entender que la víctima está, al menos en ese momento, participando activamente en las hostilidades, no se limitaría a la protección de las niñas soldado, sino que se extendería significativamente a soldados de cualquier edad, sexo y condición que puedan ser vulnerables al abuso sexual por parte de sus compañeros.

No obstante, pese a estas consideraciones, podría decirse que la decisión realizó un análisis demasiado simplista en cuanto a la naturaleza y a los elementos que componen los crímenes sexuales, ya que deja algunas cuestiones sin resolver. Al señalar que las víctimas de violación o esclavitud sexual no pueden ser partícipes activas en las hostilidades durante el tiempo en el que son sometidas al crimen en cuestión, resulta sencillo aplicar este argumento a la violación, un crimen que se comete en un espacio relativamente breve de tiempo durante el cual la víctima está sufriendo exclusivamente este abuso. No obstante, surgen dudas al trasladar estas mismas consideraciones al crimen de esclavitud sexual, ya que no es fácil determinar cuándo empieza y cuándo acaba este crimen si, tal y como señaló la Fiscalía, se

⁷⁷² MARTIN BERINGOLA, Ana, “Ensuring Protection of Child Soldiers from Sexual Violence: Relevance if the Ntaganda Decision in the Confirmation of Charges Narrowing the Gap” en *Amsterdam Law Forum*, vol. 8, n° 2, 2016, p. 66; GREY, Rosemary, *op. cit.*, ver nota 750.

⁷⁷³ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda” PTC II, 09-06-14, § 79.

entiende como crimen de naturaleza continuada⁷⁷⁴. De la interpretación de la SCP II podría deducirse que la esclavitud sexual sólo adquiere forma cuando se fuerza a la víctima a los actos sexuales. Sin embargo esta lectura obvia el elemento de propiedad necesariamente inherente al tipo penal, que persiste mientras la víctima permanece subyugada al criminal y bajo su control. Dado que en este caso la esclavitud sexual abarcaría todos los actos y acciones realizadas por la víctima durante todo ese período, incluida la participación activa en las hostilidades, resulta difícil aceptar sin mayor reflexión esta interpretación de la SCP II.

4.4.3. La protección frente a la violencia sexual en los conflictos armados en el marco del artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma

Quizás debido a esa respuesta tan exigüamente razonada de la SCP II, la CPI cambió posteriormente de criterio con respecto al enjuiciamiento de los crímenes de guerra de carácter sexual cometidos contra niñas soldado por miembros de sus grupos armados. Al inicio del juicio oral del caso *Ntaganda* la Defensa impugnó la competencia de la SPI VI sobre los citados cargos de violación y esclavitud sexual confirmados por la SCP II. En esta ocasión, la SPI VI reafirmó la competencia de la CPI defendiendo que los miembros de la misma fuerza o grupo armado no pueden ser excluidos como víctimas potenciales de los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual⁷⁷⁵. El argumento central de los jueces fue que habiendo alcanzado las prohibiciones de la violación y la esclavitud sexual el estatus de normas *ius cogens*, su comisión queda prohibida en todo momento, tanto en tiempo de paz como durante el desarrollo de un conflicto armado, así como contra todas las personas, independientemente de su estatuto, entendiéndose así que en este caso el art. 8(2)(e)(vi) del ER podía aplicarse sin ningún impedimento respecto a los crímenes cometidos contra las niñas soldado. De esta manera la SPI VI no se vio obligada a determinar si éstas eran o no miembros de las mismas fuerzas armadas o si su participación activa en las hostilidades las privaba de la protección del DIH frente a estos abusos. La aportación de esta interpretación es

⁷⁷⁴ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Prosecution’s Additional Observations on the Areas of Disagreement in the Updated Document Containing the Charges, TC VI, 21-11-14, §§ 19, 23, 75.

⁷⁷⁵ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, TC VI, 04-01-17, § 47: “While most of the express prohibitions of rape and sexual slavery under international humanitarian law appear in contexts protecting civilians and persons *hors de combat* in the power of a party to the conflict, the Chamber does not consider those explicit protections to exhaustively define, or indeed limit, the scope of the protection against such conduct.”

que no se centra en la condición de ‘niñas soldado’ de las víctimas de violación y esclavitud sexual, sino que abarca cualquier víctima que los sufra en el marco de un conflicto armado de carácter interno.

Las alegaciones de la Defensa fueron similares a las presentadas anteriormente respecto a la confirmación de cargos. Así, señaló que la CPI era incompetente primero, porque el art. 8(2)(e)(vi) del ER está sujeto a los requisitos establecidos de Derecho Internacional; segundo, porque de conformidad con el art. 3 común, los crímenes de guerra no pueden cometerse contra miembros de un mismo grupo o bando; tercero, porque la Fiscalía había definido a las víctimas de esos cargos como miembros de la misma fuerza armada que los criminales; cuarto, porque la noción de ‘afiliación’ a un grupo armado es incompatible con ‘no participar activamente en las hostilidades’; y finalmente, porque el Derecho Internacional no reconoce ninguna excepción para los niños soldado⁷⁷⁶.

La Fiscalía, por su parte, defendió que la CPI era competente para enjuiciar esos cargos porque el art. 8(2)(e)(vi) del ER no limita la responsabilidad penal por violación o esclavitud sexual en base al estatuto de la víctima, ya que, según la estructura del art. 8, el significado ordinario de los términos no exige que los actos de violación y esclavitud sexual sean calificados como violaciones graves del art. 3 común, es decir, el art. 8(2)(e)(vi) no introduce los elementos del art. 3 común, sino que sólo requiere un umbral de gravedad similar al establecido en aquél. No obstante, señaló que aun en el caso de que se estimase que las víctimas de esos crímenes deben incluirse en el régimen protector del art. 3 común, y por tanto, tener el estatuto de civiles o personas *hors de combat*, no habría impedimento respecto a los cargos impugnados porque cabría entender que las víctimas no estaban participando activamente en las hostilidades, tal y como había dispuesto la SCP II⁷⁷⁷.

Igualmente, la Fiscalía sostuvo que el art. 8(2)(e)(vi) del ER debe interpretarse de conformidad con el estatuto protector especial que ostentan los niños. Teniendo en cuenta que las víctimas en el caso *Ntaganda* tienen ese estatuto por ser menores, resulta irrelevante probar su alistamiento o reclutamiento en los grupos armados del UPC/FPLC para sancionar

⁷⁷⁶ *Ibid.*, § 27.

⁷⁷⁷ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Prosecution’s response to Mr Ntaganda’s ‘Consolidated submissions challenging jurisdiction’ regarding Counts 6 and 9”, TC VI, 14-04-16, §§ 27-57.

los crímenes sexuales⁷⁷⁸. Esta protección especial que se les brinda de manera específica se encuentra en el IV Convenio de Ginebra, en ambos Protocolos Adicionales, así como en el Derecho Internacional consuetudinario⁷⁷⁹ o en la Convención de los Derechos del Niño, protección especial que incluye, particularmente, aquélla contra toda violencia sexual según lo dispuesto en el 77(1) del Protocolo Adicional I⁷⁸⁰. Asimismo, en virtud del art. 4(3)(d) del Protocolo Adicional II, en un conflicto armado interno esta protección no cesa ni siquiera en el caso de que los niños participen directamente en las hostilidades, a pesar de que esa participación los convierta temporalmente en un objetivo legítimo frente al adversario. En este sentido, señaló que,

“The logic behind article 4(3)(d) recognises that children who are (unlawfully) recruited into non-State organized armed groups and used to participate actively in hostilities are those most in need of special legal protection. This is not reasoning by analogy, but rather constitutes the ordinary application of established and overwhelmingly accepted law.”

Since the protection in articles 4(2)(e) and (f) and 4(3)(c) of Additional Protocol II were given effect in articles 8(2)(e)(vi) and 8(2)(e)(vii) of the Statute, the same interpretive logic—accepting that war crimes against children can be committed by ‘co-belligerents’ and expressing a special concern to prevent sexual violence—should apply before this Court.”⁷⁸¹

La decisión de la SPI VI por su parte eludió, como se ha adelantado, las cuestiones relativas a la noción de la participación activa en las hostilidades planteadas por la SCP II, concluyendo que los miembros de un mismo grupo armado no están excluidos del art. 8(2)(e)(vi) del ER como víctimas de crímenes de guerra. Su respuesta se fundamentó en dos aspectos. Primero, en que en un conflicto interno no todos los crímenes de guerra recogidos en el ER deben ser cometidos contra personas protegidas en términos del art. 3 común a los Convenios de Ginebra; y segundo, en que debido al carácter *ius cogens* de la prohibición de los crímenes de violación y esclavitud sexual, éstos están prohibidos en todo momento, haya o no un conflicto armado e independientemente del estatuto de la víctima.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, §s 87-97.

⁷⁷⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1, Rules, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, Regla 135; Protocolo Adicional I, art 77(1), Protocolo Adicional II, art. 4(3)(d).

⁷⁸⁰ *Ibid.*, § 89; ANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (Eds.), *op. cit.*, p. 900, § 3181.

⁷⁸¹ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Prosecution’s response to Mr Ntaganda’s ‘Consolidated submissions challenging jurisdiction’ regarding Counts 6 and 9”, TC VI, 14-04-16, §s 90, 94.

4.4.3.1. El estatuto de las víctimas en el artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma

Por el momento, dado que respecto al caso *Ntaganda* el conflicto en Ituri ha sido considerado de carácter interno, la cuestión esencial planteada en esta instancia era determinar si, como alegaba la Defensa, las víctimas de crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual en este tipo de conflictos deben ser siempre personas que ostenten el estatuto de protección con arreglo al art. 3 común, es decir, aquéllas “que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”⁷⁸² o si por el contrario, su estatuto no es un requisito necesario en relación a estos crímenes de guerra. El art. 8(2)(e)(vi), que dispone lo siguiente:

“A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’:

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;”

Un análisis a la estructura del art. 8 del ER permite comprobar que los crímenes de violación y esclavitud sexual se recogen en epígrafes distintos de aquéllos dedicados a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (art. 8(2)(a)) y a las violaciones graves del art. 3 común (art. 8(2)(c))⁷⁸³. Debido a esta configuración, en el contexto de un conflicto armado interno estos crímenes no tienen por qué limitarse a ser enjuiciados como violaciones graves del art. 3 común, al igual que, en caso de tratarse de un conflicto armado internacional, tampoco deberían ser tratados como infracciones graves de los Convenios de Ginebra⁷⁸⁴. Dado que el requisito del estatuto sólo es exigible precisamente en el caso de los crímenes de guerra que constituyen infracciones graves a los Convenios de Ginebra o violaciones graves al art. 3 común, interpretar los crímenes previstos en el art. 8(2)(e)(vi) del ER de la misma manera que aquéllos supondría incorporar el requisito del estatuto de protección a esta

⁷⁸² Art. 3 común a los Convenios de Ginebra.

⁷⁸³ Téngase presente que el art. 8 del ER se divide en cuatro categorías de crímenes de guerra:

Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (art. 8(2)(a)); otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (art. 8(2)(b)); violaciones graves del art. 3 común (art. 8(2)(c)); y otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional (art. 8(2)(e)).

⁷⁸⁴ La SPI VI señala que la violación ha sido previamente reconocida como un crimen capaz de constituir una infracción grave de los Convenios o una violación grave del art. 3 común ante el TIPY en casos como *Delalić et al.*, IT-96-21-T, Judgment, 16-11-98, §§ 943, 965, entre otros.

disposición, algo que el propio texto no exige y que además sería contrario a la estructura del art. 8, disposición que extiende la lista de crímenes de guerra más allá del marco de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y las violaciones graves del art. 3 común, abarcando ‘otras violaciones graves de las leyes y usos de la guerra en los conflictos armados internacionales y no internacionales’, crímenes que se extren de otras fuentes de Derecho distintas de los Convenios y que son de aplicación tanto a un tipo de conflicto como a otro.

Si el estatuto que en el caso de conflictos internos exige el art. 3 común también fuera aplicable a los crímenes de violencia sexual, no cabría diferenciarlos de los crímenes recogidos en los arts. 8(2)(a) y 8(2)(c), cuyos encabezados efectivamente contienen una referencia específica al estatuto de la víctima⁷⁸⁵, a diferencia de lo dispuesto en los encabezados de los arts. 8(2)(b) y 8(2)(e), que sólo se refieren a ‘otras violaciones graves de las leyes o usos aplicables en los conflictos armados de carácter internacional o interno dentro del marco establecido de derecho internacional’. Dentro de esta categoría, únicamente algunos crímenes especifican el estatuto de la víctima, como por ejemplo, el crimen de ‘matar o herir a traición a un adversario’⁷⁸⁶, mientras que los crímenes de violencia sexual del arts. 8(2)(e)(vi) del ER no contienen ninguna referencia en este sentido.

La posible confusión deriva precisamente del propio texto de la disposición, que afirma que constituyen crímenes de guerra “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada *o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra*”⁷⁸⁷. Los jueces observaron que el término ‘también’ incluido en esta disposición debe entenderse como un conector entre las oraciones ‘cualquier otra forma de violencia sexual’ y ‘que constituya una violación grave’, pues, en virtud de los Elementos de los Crímenes, que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una violación grave del art. 3 común únicamente se

⁷⁸⁵ Art. 8(2)(a): “Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente” y art. 8(2)(c): “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”

⁷⁸⁶ Art. 8(2)(e)(ix) del ER.

⁷⁸⁷ La cursiva es nuestra.

exige respecto de la cláusula residual de crimen de guerra de violencia sexual⁷⁸⁸. Los crímenes de violación o esclavitud sexual no mencionan ni ese requisito ni el estatuto concreto de la víctima⁷⁸⁹.

Igualmente, advirtieron que de los trabajos preparatorios del art. 8(2)(e)(vi) del ER no puede extraerse la intención de condicionar la sanción de estos crímenes al estatuto de protección dispuesto en el art. 3 común. Al contrario, al ubicarse en el tratado como crímenes de guerra diferenciados bajo los encabezados de ‘otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional’, no cabría deducir la aplicación restrictiva del estatuto de la víctima a los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual⁷⁹⁰. De hecho, si bien el caso *Ntaganda* se presenta como la primera ocasión en la que la CPI lidia con la violencia sexual cometida contra niñas soldado de manera específica, su jurisprudencia previa sobre violación al amparo de los arts. 8(2)(b)(xxii) y (e)(vi) del ER muestra que nunca ha sido necesario probar el estatuto de la víctima, tan sólo probar el elemento contextual del crimen para poder calificarlo como un crimen de guerra⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ EC, Art. 8(2)(e)(vi)-6, elemento 2, versión en inglés. En la versión en castellano, esta disposición es errónea por referirse a infracciones graves de los Convenios de Ginebra en lugar de al art. 3 común. En este sentido véase WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 443.

⁷⁸⁹ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, TC VI, 04-01-17, § 41. Werle ya observaba hace varios años que la formulación de esta cláusula residual resulta equívoca, pues, al requerirse que la acción ‘constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra’ o que ‘constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra’ se cuestiona la independencia del tipo penal de la violencia sexual, ya que aparentemente hay que probar si la violencia sexual puede considerarse también una violación de los Convenios. No obstante, este autor señala que “tal línea de interpretación no se correspondería con la intención del Estatuto, y también los Elementos de los Crímenes apuntan en dirección opuesta. A través de referencia a los Convenios de Ginebra sólo ha de garantizarse que únicamente formas de violencia de gravedad comparable con las allí mencionadas sean punibles como crímenes de guerra.” Véase WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional, op. cit.*, p. 487.

⁷⁹⁰ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, TC VI, 04-01-17, § 42.

⁷⁹¹ *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14, §S 962-984; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16, § 98-109.

4.4.3.2. El sentido de la expresión del ‘marco establecido de derecho internacional’ en relación a los crímenes de violación y esclavitud sexual

A pesar de determinar que el art. 3 común resultaría inaplicable a estos crímenes, el encabezado del art. 8(2)(e) del ER se refiere a ‘otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos dentro del marco establecido de derecho internacional’. Esta referencia al ‘marco establecido de derecho internacional’ debe entenderse como la necesidad de asegurar que los crímenes basados en las leyes y usos de la guerra sean interpretados conforme al Derecho Internacional y al DIH, no como la exigencia de que las medidas protectoras específicas de las Convenciones de Ginebra deban ser aplicables a estas disposiciones⁷⁹². En este sentido, la Fiscalía señaló que

“[P]unishing the commission of rape and sexual slavery in non-international armed conflict, without regard to the status or activities of the victims, is wholly consistent with the established framework of international law and international humanitarian law. Indeed, it is demanded by it. This follows from the absolute nature of the prohibition on sexual violence in international humanitarian law, a ‘standard of duty owed to all victims of war at all times’, manifest in numerous rules of international law.”⁷⁹³

Si bien el ER es el primer tratado en prohibir expresamente los crímenes de violación y esclavitud sexual como crímenes de guerra⁷⁹⁴, así como el resto de crímenes recogidos en su apartado, el Convenio IV de Ginebra y los Protocolos Adicionales de 1977 ya sancionaban la violación de forma expresa en algunas disposiciones⁷⁹⁵ y recogían conductas que podrían incluir violencia sexual⁷⁹⁶, aunque no fueron recogidas en el ámbito de las infracciones graves de los Convenios ni de los Protocolos. Asimismo, tal y como se extrae del ‘Estudio de Derecho Internacional Humanitario’ del CICR, el DIH consuetudinario también contempla la

⁷⁹² *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Prosecution’s response to Mr Ntaganda’s ‘Consolidated submissions challenging jurisdiction’ regarding Counts 6 and 9”, TC VI, 14-04-16, § 54.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ Recordemos que los Estatutos del TIPY y TIPR sólo prevén la violación como crimen contra la humanidad (art. 5 y 3 respectivamente) y en este sentido, como expone Mitchell, estos textos adolecen de una definición del crimen así como de la inclusión de otras formas de violencia sexual, y dado que ninguno de los dos configura la violación expresamente como un crimen de guerra o una infracción grave de los Convenios de Ginebra, la violencia sexual únicamente podía ser enjuiciada como un delito coadyuvante pero nunca como un crimen por sí solo. Véase MITCHELL, David S., “The prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of Jus Cogens: Clarifying the Doctrine” en *Duke Journal of Comparative Law & International Law*, vol. 15, n° 2, 2005, p. 241.

⁷⁹⁵ IV. Convenio, art. 27; Protocolo Adicional I, art. 76; y Protocolo Adicional II, art. 4(2)(e). Véase *Furundžija*, IT-95-17/1, Judgment, 10-12-98, § 165.

⁷⁹⁶ I. Convenio, art. 12; II. Convenio, art. 12; III. Convenio, art. 14; art. 3 común; y Protocolo Adicional I, arts. 75 y 77.

prohibición de estos crímenes⁷⁹⁷, prohibición que ya fue señalada por el TIPY en varios asuntos⁷⁹⁸. Apoyados en estos fundamentos, los jueces de la CPI afirmaron que la violación u otras formas de violencia sexual están prohibidas en todo momento por el Derecho Internacional consuetudinario y que en tiempos de conflicto armado constituyen violaciones graves del DIH calificables como crímenes de guerra.

En relación a la esclavitud, recordaron que en el art. 4(2)(f) del Protocolo Adicional II ésta queda prohibida en todas sus formas, lo que incluye la esclavitud sexual. Así pues, sobre estas bases, determinaron que las prohibiciones de la violación y la esclavitud sexual forman parte del DIH consuetudinario, aplicable tanto en conflictos internacionales como internos⁷⁹⁹. En esta línea se expresa también Bassiouni en relación a la violación, e incluyendo al mismo tiempo otros crímenes de índole sexual, apuntado que tradicionalmente la violación ha sido considerada un crimen de guerra bajo el derecho consuetudinario y que “[C]ustomary international law concerning rape and sexual assault is evidenced by the conventions prohibiting slavery and slave-related practices, the Universal Declaration of Human Rights, the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention on the Elimination of Discrimination Against Women, and the Torture Convention”⁸⁰⁰.

A pesar de ser cierto que la mayoría de las prohibiciones explícitas de la violación o esclavitud sexual bajo el DIH se prevén en contextos de protección a civiles y a personas fuera de combate en el poder de una de las partes en el conflicto, en opinión de la CPI esas protecciones explícitas no definen ni limitan el ámbito de aplicación de esa protección respecto de esa conducta, y dado que se refieren a actos prohibidos en todo momento y en cualquier lugar, son aplicables para la protección de todas las personas en el poder de una parte en el conflicto, sin que de esto quepa deducir que ésta deba ser la parte adversaria y no

⁷⁹⁷ HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, *op.cit.* Véanse las Reglas 87, 90, 93, 94 y 135 de este estudio.

⁷⁹⁸ *Furundžija*, IT-95-17/1, Decision on the Defendant’s Motion to Dismiss Counts 13 and 14 of the Indictment (Lack of Subject Matter Jurisdiction), 29-05-98, § 13: “The argument that “torture and outrages upon personal dignity including rape are not covered by Article 3 of the Statute” is a misinterpretation of the Statute. Such acts are prohibited under customary international law at all times. As the Prosecution points out, in times of armed conflict, they also amount to violations of the laws or customs of war, which include the prohibitions in the Hague Conventions of 1907 and Common Article 3.”; *Delalić et al.*, IT-96-21-T, Judgment, 16-11-98, § 476.

⁷⁹⁹ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, TC VI, 04-01-17, § 46.

⁸⁰⁰ BASSIOUNI, Cherif M., *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 428-429.

la parte a la que la víctima pertenece⁸⁰¹. Es más, si el alcance de la protección se limitara a civiles o a personas fuera de combate exclusivamente, se estaría actuando en detrimento del fundamento del DIH, el cual, precisamente, aspira a mitigar el sufrimiento resultante del conflicto armado sin por ello prohibir a los beligerantes emplear la fuerza armada contra el adversario o mermar su habilidad para llevar a cabo operaciones militares.

En este sentido, como es sabido, el DIH acepta y asume que las operaciones dirigidas a derrocar al adversario generen ciertos daños y sufrimientos, pero esas consecuencias sólo pueden derivar de acciones que sean necesarias en términos militares o de aquéllas que resulten en ventajas militares claras⁸⁰². La violación y esclavitud sexual de niñas soldado menores de 15 años en este caso—así como la de cualquier otra persona—, nunca podría aceptarse como una acción o ventaja militar legítima, por lo que estas conductas quedan excluidas del marco de actos permitidos por el DIH y constituyen, tal y como señala el encabezado del art. 8(2)(e) del ER, ‘otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados’. Así pues de acuerdo con la Fiscalía, bajo la lógica del DIH nada justifica, explica o incluso sugiere, una excepción a esta condena, de manera que los actos de violencia sexual quedan amparados por el ámbito de los actos punibles por el Derecho Internacional Penal en virtud del citado artículo⁸⁰³. El objeto y fin del ER favorece aquella interpretación del art. 8(2)(e)(vi) que mejor garantice la sanción de estos crímenes, por lo que no cabe limitar la protección existente contra la violencia sexual a una categoría determinada de personas protegidas en el DIH.

En relación a la esclavitud sexual los jueces afirmaron que ésta ha sido reconocida como una forma concreta de esclavitud⁸⁰⁴. El primer elemento del crimen de esclavitud sexual es idéntico a la definición del crimen de esclavitud establecido en el art. 7(2)(c) del ER y constitutivo de crimen contra la humanidad, definición que a su vez plasma la establecida en la Convención sobre la Esclavitud de 1926. En este sentido, si la esclavitud ha alcanzado el

⁸⁰¹ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, TC VI, 04-01-17, § 47 y nota al pie 111.

⁸⁰² *Ibid.*, § 48.

⁸⁰³ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Prosecution’s response to Mr Ntaganda’s ‘Consolidated submissions challenging jurisdiction’ regarding Counts 6 and 9”, TC VI, 14-04-16, § 56.

⁸⁰⁴ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, TC VI, 04-01-17, § 51, en referencia a *ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the Confirmation of Charges”, PTC I, 30-90-08, §§ 430-431; *Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment, 12-06-02, §§ 117-124.

estatus de norma *ius cogens*, cabría aplicar la misma consideración a la esclavitud sexual⁸⁰⁵. De esta manera, los jueces estimaron que siendo tanto la violación como la esclavitud sexual prohibiciones inderogables⁸⁰⁶, las víctimas quedan protegidas en todo momento sea cual sea su estatuto, siempre y cuando se cumplan los elementos contextuales para que los actos puedan constituir crímenes de guerra, lo que requerirá analizar cada caso individualmente⁸⁰⁷. Así pues, dado que la naturaleza *ius cogens* de la violación y esclavitud sexual no permite limitar la protección a personas civiles o no combatientes conforme al art. 3 común, en el caso que nos ocupa la CPI estimó irrelevante la afiliación de las niñas soldado, pues su protección ante estos crímenes sexuales queda intacta en cualquier caso.

De hecho, en relación con las víctimas y su condición de niñas soldado, la Fiscalía y jueces se mostraron de acuerdo en que, como principio general de Derecho Internacional, existe la obligación de no reconocer las situaciones derivadas de violaciones graves de Derecho Internacional. En este sentido, no es posible aceptar que la comisión del crimen de guerra de utilizar a una niña soldado menor de 15 provoque la pérdida de ésta a la protección especial del DIH contra la violencia sexual cuando los crímenes son cometidos por miembros de su grupo, o que como consecuencia de su incorporación ilícita al grupo armado, pueda quedar desprotegida ante delitos sexuales, ya que como bien señala Bensouda, esto desembocaría en un resultado inadmisibile: “a soldier intending to rape a child in the context of an armed conflict (a war crime) would be encouraged first to unlawfully conscript the child (another war crime), in order to escape international liability for the rape”⁸⁰⁸. Por tanto, ante crímenes sexuales como la violación o la esclavitud sexual, no es posible exigir que las niñas soldado deban tener un estatuto concreto para poder considerarse víctimas conforme al art. 8(2)(e)(vi) del ER, al igual que cabría cuestionar si pese a su participación activa en las hostilidades, podrían ser privadas de su condición de civiles ante este tipo de violencia. En cualquier caso,

⁸⁰⁵ HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, *op.cit.*, p. 330, Rule 94: “In a report submitted in 1998 to the UN Sub-Commission on Human Rights, the Special Rapporteur on the Situation of Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Wartime stated that ‘sexual slavery is slavery and its prohibition is a *ius cogens* norm’”.

⁸⁰⁶ ASKIN, Kelly D., *War Crimes Against Women: Prosecutions in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, p. 242; MITCHELL, David S., *op. cit.*, pp. 219-257.

⁸⁰⁷ *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, TC VI, 04-01-17, §§ 51-52.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, § 53; *ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Prosecution’s response to Mr Ntaganda’s ‘Consolidated submissions challenging jurisdiction’ regarding Counts 6 and 9”, TC VI, 14-04-16, § 96.

estamos de acuerdo con Henckaerts y Doswald-Beck cuando señalan que la protección especial que les asigna el DIH a los niños es inderogable ante crímenes de este tipo⁸⁰⁹.

A pesar de que la argumentación expuesta por la CPI resulta sólida al afirmar que los crímenes sexuales recogidos en el art. 8(2)(e)(vi) del ER no requieren aplicar el estatuto de las víctimas con arreglo al art. 3 común, incluso realizando la interpretación opuesta cabría defender que debido a la naturaleza misma de los crímenes, las víctimas no pierden su estatuto de protección aun cuando ésta sea cometida por miembros de su propio grupo, tal y como ha manifestado recientemente el CICR en el Comentario actualizado al Convenio I de Ginebra:

“Another issue is whether armed forces of a Party to the conflict benefit from the application of common Article 3 by their own Party. Examples would include members of armed forces who are tried for alleged crimes – such as war crimes or ordinary crimes in the context of the armed conflict – by their own Party and members of armed forces who are sexually or otherwise abused by their own Party. The fact that the trial is undertaken or the abuse committed by their own Party should not be a ground to deny such persons the protection of common Article 3. This is supported by the fundamental character of common Article 3 which has been recognized as a ‘minimum yardstick’ in all armed conflicts and as a reflection of ‘elementary considerations of humanity.’”⁸¹⁰

Esta última interpretación de la SPI VI ha suscitado dudas en la doctrina al entender que hace una aplicación demasiado extensiva del art. 8 del ER⁸¹¹. Sin embargo, consideramos que no es contraria al objeto y fin del tratado sino todo lo contrario, pues permite no sólo sancionar el crimen de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización de niños soldado en conflictos armados, sino también la violencia sexual cometida en el seno del conflicto aunque ésta emane de miembros del propio grupo. Mientras que en la decisión de confirmación de cargos la SCP II enfocaba la protección de los niños contra la violencia sexual cometida por miembros de sus grupos desde la perspectiva de su condición de partícipes no activos en el transcurso de la violencia sexual, el enfoque seguido en éste último pronunciamiento judicial permite alejarse del concepto de ‘participación activa’ de los niños soldado, entendiendo que independientemente de su papel en el grupo armado al que han sido adscritos ilícitamente, la violencia sexual sufrida constituye un crimen de guerra al amparo del art. 8(2)(e)(vi) del ER que no admite excepciones. Al mismo tiempo, el estatus *ius cogens* de la violación y

⁸⁰⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, *op.cit.*, p. 485, Rule 135.

⁸¹⁰ CICR, *Commentary to the First Geneva Convention of 1949*, § 547. Acceso al documento en el siguiente enlace:

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDDFA490736C1C1257F7D004BA0EC#292_B

⁸¹¹ McDERMOTT, Yvonne, “ICC extends war crimes of rape...*op. cit.*”, ver nota 764.

esclavitud sexual permiten ir más allá de la violencia sexual sufrida por niñas soldado de forma específica y ofrecer una protección mucho más amplia extendiendo la sanción a cualquier crimen de esta índole cometido en un conflicto armado sin importar el estatuto de la víctima ni la afiliación, haciendo posible sancionar esta violencia cuando es cometida en el seno del mismo grupo armado.

Sin embargo, esta decisión debe ser considerada en su propio contexto, es decir, la extensión de la protección contra crímenes cometidos por miembros del mismo grupo armado se limita específicamente a los crímenes de violación y esclavitud sexual recogidos en los arts. 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ER, por lo que no cabría deducir de esta postura la misma lectura respecto de otros crímenes que, como la violación y esclavitud sexual, no incluyen una referencia expresa al adversario. Una vez adoptado este enfoque, parece improbable que la CPI cambie de criterio y rebaje la protección contra la violencia sexual, aunque es posible que en instancia de apelación los jueces hagan una lectura diferente. Lo que es incuestionable es que supone un gran avance en la consolidación de estos crímenes de violencia sexual en la justicia internacional y una clara intención de no restringir su condena a los escenarios tradicionalmente considerados en la aplicación del DIH mediante el desarrollo del marco jurídico aplicable a la violencia sexual en tiempos de conflicto armado. Así pues, afirmar que la violencia sexual perpetrada en el seno del mismo grupo armado constituye un crimen de guerra, independientemente del estatuto de la víctima y su participación, visibiliza la gravedad de estos crímenes, que en estos contextos, afectan de modo significativo a las niñas soldado. La imputación de estos cargos al acusado por parte de la Fiscalía ha permitido así a la CPI pronunciarse por vez primera sobre esta cuestión, dejando atrás la ocasión perdida en el caso *Lubanga*, aunque la CPI aún debe decidir si continúa por esta senda inexplorada.

CAPÍTULO IV.

LAS VÍAS DE ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS CONDICIONES PREVIAS PARA SU EJERCICIO

Sección 1ª Introducción

Como es sabido, los tribunales *ad hoc* creados en la década de los noventa del siglo pasado han servido para investigar y juzgar a los responsables de los crímenes internacionales que tuvieron lugar en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, tal y como hicieron sus predecesores, los tribunales internacionales militares de Núrenberg y Tokio. En el caso de estos últimos la labor encomendada fue la de juzgar a los principales criminales de la Segunda Guerra Mundial, dejando en manos de sus Fiscalías determinar qué individuos serían encausados, pero limitando al mismo tiempo en ambos casos la competencia territorial. De la misma manera, si bien a las Fiscalías de los tribunales internacionales *ad hoc* y mixtos creados bajo el mandato de Naciones Unidas se les concedió discrecionalidad para identificar a los principales responsables, ésta debía desarrollarse dentro de unos límites geográficos preestablecidos. En todos estos casos no ha habido por tanto necesidad de activar la competencia de estos tribunales dado que el foco u objetivo del procesamiento ya venía definido en su texto constitutivo⁸¹². Tanto la Resolución 827 (1993)⁸¹³ como la 955 (1994)⁸¹⁴ en el caso de los tribunales *ad hoc* disponen que es la Fiscalía el órgano encargado de la investigación y acusación de presuntos responsables. Sin embargo, en comparación con éstos, la CPI es mucho más compleja, ya que la activación de su competencia puede realizarse por diversas vías y no exclusivamente por el ejercicio de oficio de la Fiscalía.

En este sentido, el marco operacional de la CPI es diferente al del resto de tribunales internacionales. Además de ser un hito histórico y positivo, su creación presentaba también un

⁸¹² SCHABAS, William A., *An introduction to the International... op. cit.*, p. 157; KIRSCH, Philippe, ROBINSON, Darryl, "Referral by States Parties" en Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 619.

⁸¹³ Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/827%20\(1993\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/827%20(1993)) (última visita 18-05-17).

⁸¹⁴ Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/955%20\(1994\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/955%20(1994)) (última visita 18-05-17).

gran desafío, ya que daba vida a la primera institución de Derecho Internacional Penal permanente con poder para investigar situaciones futuras y desconocidas⁸¹⁵. Mientras que en el caso de los tribunales *ad hoc*, como ya se ha señalado, era la discrecionalidad de la Fiscalía la única vía para ejercer la competencia bien porque decidía abrir de oficio un acta de acusación o bien porque lo hacía tras recibir información o testimonios que a su juicio daban lugar a ello⁸¹⁶, en el caso de la CPI el art. 13 del ER prevé, como sabemos, tres vías para activar la competencia de la Corte, a saber: a) activación mediante la remisión de una situación al fiscal por un Estado parte; b) mediante la remisión de una situación del Consejo de Seguridad (en adelante CS) al fiscal en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas; o c) mediante la investigación iniciada de oficio por la Fiscalía. Ésta última es precisamente la gran novedad introducida en la Conferencia de Roma, puesto que las otras dos vías de activación ya estaban previstas en el borrador elaborado por la CDI en 1994⁸¹⁷. Todas ellas han visto ya su aplicación práctica, lo que significa que las dificultades y complejidades correspondientes a cada una de ellas son ya una realidad, y además, algunas en concreto, de difícil solución. Actualmente, hay investigaciones abiertas en relación a diez situaciones (Uganda, RDC, dos en la República Centroafricana, Darfur, Kenia, Libia, Costa de Marfil, Malí y Georgia)⁸¹⁸.

Además de esa diferencia en cuanto a las vías de activación de la competencia, el ER introduce otra novedad procesal hasta entonces desconocida, distinguiendo “situaciones” y “casos” en fases diferentes del proceso. Así, la doctrina no ha dejado escapar la ocasión de tratar dicha diferencia⁸¹⁹, puesto que pese a ser una cuestión fundamental, el texto del tratado no es muy preciso en este punto y por tanto no refleja de forma clara que se trata de conceptos distintos que operan en fases diferentes del proceso ante este tribunal⁸²⁰. Al activarse la competencia de la CPI, sea cual sea el mecanismo empleado, lo que se le remite a la Fiscalía

⁸¹⁵ KIRSCH, Philippe, ROBINSON, Darryl, *op. cit.*, p. 620.

⁸¹⁶ Arts. 18 y 17 de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, respectivamente.

⁸¹⁷ SCHABAS, William A., *An introduction to the International... op. cit.*, p. 158.

⁸¹⁸ Además de éstos, actualmente la Fiscalía está llevando a cabo investigaciones preliminares en Afganistán, Colombia, Guinea, Nigeria, Iraq/RU, Ucrania, Burundi, Palestina y en relación con los navíos registrados en Comoras, Grecia y Camboya. Para más detalles véase <https://www.icc-cpi.int/Pages/Preliminary-Examinations.aspx> (última visita 18-05-17).

⁸¹⁹ RASTAN, Rod, “What is a ‘case’ for the purpose of the Rome Statute?” en *Criminal Law Forum*, vol. 19, nº 3-4, 2008, p. 441. Véase también RASTAN, Rod, “Situation and case: defining the parameters” en Carsten Stahn, Mohamed El Zeidy (Eds.), *International Criminal Court and complementarity. From theory to practice*, Vol. I Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 421-459; SCHABAS, William A., “Selecting situations and cases” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 366-367.

⁸²⁰ KIRSCH, Philippe, ROBINSON, Darryl, *op. cit.*, p. 625.

es una “situación”—situaciones excepcionales o de crisis en las que se han cometido crímenes de la competencia de la CPI—que ésta debe investigar con el fin de dar con los sujetos responsables y juzgarlos. La fase de la investigación de una situación precede por tanto a la fase judicial del procedimiento ante la CPI, fase ésta que se inicia formalmente con la emisión de una orden de arresto o de comparecencia⁸²¹ y en la que ya se tratan los casos abiertos tras la investigación, una vez que los presuntos responsables están identificados. Así, los “casos” (o “asuntos” como emplea el ER) hacen referencia a hechos concretos presuntamente constitutivos de uno o varios crímenes recogidos en el ER e imputables a una persona en concreto. Como apuntan algunos expertos, la originalidad de la CPI en este ámbito reside en que es la propia Fiscalía quien selecciona no sólo los “casos” como sucede en los tribunales internacionales penales preexistentes, sino también las “situaciones” en las que iniciar investigaciones y por tanto su discrecionalidad es, dentro de los límites establecidos en el ER, mucho mayor que la del resto de tribunales internacionales⁸²².

No obstante, para que la CPI pueda ejercer su competencia deben cumplirse ciertas condiciones. Antes de proceder a ellas, debe tenerse presente el ámbito temporal en el que opera la CPI, ya que es el punto de partida para proceder a examinar si se cumplen las condiciones previas para el ejercicio de su competencia. Se trata, por decirlo de alguna manera, de una precondition previa o una condición *sine qua non* para poder hablar de competencia. Tal y como dispone el art. 11 del ER, este tribunal únicamente es competente sobre crímenes cometidos después de la entrada en vigor del ER, es decir, a partir del 1 de julio de 2002. A diferencia de lo que ha sucedido con sus predecesores, todos ellos creados para tratar fundamentalmente crímenes cometidos con anterioridad a su creación⁸²³, no cabe competencia retroactiva alguna. En el caso de los Estados que hayan ratificado o ratifiquen el tratado con posterioridad a esa fecha, el art. 11(2) dispone que la CPI será competente

⁸²¹ OLASOLO, Héctor, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2009, p. 173; Planchadell considera que la fase de investigación finaliza con la celebración de la audiencia de confirmación de cargos tras la interposición de la acusación, PLANCHADELL, Andrea, “El Fiscal ante la Corte Penal Internacional” en Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer, José Luis González Cussac (Coords.), *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 182.

⁸²² SCHABAS, William A., “The International Criminal Court at ten” en *Criminal Law Forum*, vol. 22, n° 4, 2011, p. 502; TAKEMURA, Hitomi, “Prosecutorial discretion in International Criminal Justice: between fragmentation and unification” en Larissa van den Herik, Carsten Stahn (Eds.), *The diversification and fragmentation of international criminal law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, p. 645.

⁸²³ No obstante, como bien apunta Schabas, mientras que los tribunales de Nuremberg y Tokio sí eran puramente retroactivos, al TIPY y al TIPR, así como al TESL, también se les concedió competencia, aunque de manera limitada, sobre crímenes cometidos con posterioridad a su establecimiento. Véase SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal Court...*, *op. cit.*, p. 70, nota al pie 35.

únicamente a partir la fecha en la que el ER entre en vigor para ese Estado parte salvo que éste haya declarado su deseo de ampliar esta competencia desde el 1 de julio de 2002, no más, mediante una declaración formulada al amparo del art. 12(3) del ER⁸²⁴. Así pues, señalada la competencia temporal de la CPI, el art. 12 del ER recoge las condiciones previas para el ejercicio de la competencia:

- “1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.
2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:
 - a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
 - b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.
3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.”

Los dos nexos principales para el ejercicio de la competencia son por tanto el principio de territorialidad y el principio de personalidad activa, es decir, la competencia sobre los crímenes del art. 5 cometidos en el territorio de Estados parte o cometidos por nacionales de Estados parte en otro Estado, sea éste o no Estado parte. Las remisiones del CS, en cambio, no obedecen a ninguno de estos dos nexos, dado que este órgano político puede remitir cualquier situación que tenga lugar en el territorio de cualquier Estado miembro de Naciones Unidas, sea o no éste Estado parte en el ER. Ahora bien, sus remisiones no pueden alterar la competencia temporal de la CPI, es decir, les son inaplicables lo dispuesto en el art. 11(2) del ER pero no lo dispuesto en el art. 11(1), de manera que toda remisión que realice no podrá incluir hechos sucedidos antes de la entrada en vigor del ER⁸²⁵. Hasta la fecha, la práctica de la CPI no ha mostrado ninguna controversia en relación al nexo territorial, y a excepción de las investigaciones abiertas tras las remisiones del Consejo de Seguridad de las situaciones en Sudán y Libia, el resto de investigaciones y casos han respondido a este nexo. Sin embargo, cabe señalar que entre los exámenes preliminares abiertos en la actualidad, uno de ellos responde al nexo de personalidad activa y es el relativo a los crímenes cometidos en Irak por soldados británicos durante la invasión de 2003. Si bien éste no es un Estado parte en ER, sí lo es Reino Unido desde que en octubre de 2001 ratificara el tratado, de manera que la CPI tendría plena competencia para investigar los presuntos crímenes cometidos por nacionales

⁸²⁴ Ésta y otras cuestiones relacionadas con el art. 12(3) se desarrollan en la sección 4ª del presente capítulo.

⁸²⁵ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 343.

británicos si decidiese proceder. A pesar de que en 2006 la Fiscalía decidiera cerrar el examen preliminar sobre la base de que no cumplía lo dispuesto en el art. 53(1) del ER—concretamente porque a su juicio los hechos no alcanzaban el umbral de gravedad necesario⁸²⁶, éste fue reabierto en mayo de 2014 tras recibir más información⁸²⁷. El examen preliminar actual cubre crímenes cometidos en ese país entre 2003 y 2008 y en caso de que la Fiscalía decida abrir una investigación haciendo uso del art. 15, se tratará del primer desarrollo práctico del nexo de personalidad activa.

Además de la competencia territorial y personal derivadas de la ratificación del ER respecto de un Estado parte, el art. 12(3) también contempla la posibilidad de que un Estado no parte acepte la competencia de la CPI de manera *ad hoc*. Esta disposición requiere que el Estado presente una declaración en la Secretaría de la CPI mediante la que acepta el ejercicio de la competencia del tribunal ‘respecto del crimen de que se trate’. Este mecanismo busca dotar al tribunal de competencia en aquellos casos en los que o bien el Estado interesado en cuestión no sea parte del ER ni quiera serlo, pero sí quiera no obstante someterse a la competencia de la CPI de manera puntual y en relación a crímenes que le afecten mediante el nexo territorial o personal o bien la CPI necesita de la aceptación del tercer Estado en cuestión para poder dar curso a investigaciones respecto de crímenes cometidos en su territorio. En otras palabras, el interesado en utilizar el mecanismo del art. 12(3) del ER puede ser de inicio un tercer Estado, que mediante la declaración busca someterse a la competencia de la CPI con el fin de que el tribunal intervenga, o puede ser la propia CPI la que solicite la declaración de aceptación del tercer Estado tras recibir información acerca de la posible comisión de crímenes en su territorio.

Las siguientes secciones desarrollarán la práctica de la CPI respecto a cada una de las vías o mecanismos de activación de su competencia y respecto a la aplicación del nexo jurisdiccional recogido en el art. 12(3) del ER con el fin de señalar cuáles son los logros así como las dificultades y desafíos que cada uno de estos instrumentos presenta más allá de la lectura teórica del ER.

⁸²⁶ La cuestión de la gravedad se abordará en el siguiente capítulo.

⁸²⁷ ICC-OTP Statement, “Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, re-opens the preliminary examination of the situation in Iraq”, 13-05-14, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-iraq-13-05-2014> (última visita 18-05-17).

Sección 2ª. La remisión de situaciones por los Estados parte

El Proyecto aprobado definitivamente por la CDI en 1994 no empleaba el término ‘remisión’ al referirse al envío de situaciones a la CPI por parte de los Estados, sino que contemplaba esta opción como mecanismo de denuncia. Así, describía a la CPI “como una institución puesta a disposición de los Estados Partes en su Estatuto y, en algunos casos, del CS. La denuncia, que es el mecanismo que activa esta institución e inicia la fase preliminar del procedimiento penal. (...) En definitiva, la Comisión consideró que la facultad de recurrir al Tribunal mediante denuncia debía limitarse a los Estados Partes”⁸²⁸. Sin embargo, en el Comité Ad Hoc establecido por la AGNU las partes comenzaron a referirse a un mecanismo de activación y se aceptó ampliamente que los Estados parte tendrían el derecho de remitir denuncias a la CPI, aunque algunos expusieran que para ello el Estado en cuestión debía mostrar un interés directo en el caso⁸²⁹, algo que también se expresó en el Comité preparatorio de 1996⁸³⁰. Sin embargo, el texto final del art. 14 del ER no menciona el término ‘denuncia’:

- “1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas.
2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante.”

Durante proceso de elaboración del ER todo parecía indicar que este mecanismo sería el menos utilizado para hacer a la CPI operativa pero la práctica muestra que ha sido precisamente al contrario. Como apunta Schabas, esto resulta curioso dado que se pensaba que los Estados serían notoriamente reacios a reclamar o denunciar a otros Estados de forma bilateral a menos que hubiera intereses vitales en juego, de la misma manera en que tampoco se consideraba probable que actuaran como altruistas internacionales presentando alegaciones sobre la comisión de crímenes internacionales por parte de otros Estados⁸³¹. Por este motivo fue bastante sorprendente e inesperado no sólo que fuera esta la vía escogida para activar la

⁸²⁸ CDI, *Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional*, Informe de la sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994), Comentario al art. 25, p. 48. Acceso al documento en el siguiente enlace:

http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/reports/a_49_10.pdf (última visita 18-05-17).

⁸²⁹ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford, 2016, p. 383.

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ SCHABAS, William A., *An introduction to the International... op. cit.*, p. 159. Véase también MARCHESI, Antonio, “Article 14. Referral of a situation by a State Party” en Otto Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, Oxford, 2 ed., 2008, pp. 577-578.

competencia de la CPI en las tres primeras situaciones, sino que además, en lugar de tratarse de remisiones mediante las que un Estado parte alertaba a la CPI de presuntos crímenes internacionales cometidos en el territorio de otro Estado, fueran los propios Estados quienes remitieran sus propias situaciones de conflicto, una práctica conocida como autorremisión (*self-referral*) y que, pese a no ser contraria al ER y de haber sido validada por los jueces, lleva consigo implicaciones de gran calado. No obstante, no puede obviarse que si bien ésta ha sido la práctica habitual de los Estados parte al hacer uso de su poder de remisión, en la actualidad la CPI también se ha enfrentado ya a la remisión de un Estado parte como mecanismo de denuncia hacia otro Estado por crímenes cometidos en el territorio del primero, concretamente a bordo de un buque, activando así por primera vez lo dispuesto en el art. 12(2)(a) del ER⁸³².

En lo que concierne al procedimiento a seguir por la Fiscalía tras la recepción de una remisión de un Estado parte, este órgano abre un examen preliminar mediante el cual analiza si existen fundamentos razonables para proceder con una investigación según lo dispuesto en el art. 53(1) del ER. Sólo si decidiera no abrirla en base al art. 53(1)(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’—, debe informar de su decisión a la SCP, quien puede revisar de oficio esa decisión y revocarla, tal y como dispone el art. 53(3)(b) del ER. En cambio, si la Fiscalía considerase que los hechos merecen la apertura de una investigación, no debe solicitar la autorización previa de la SCP. A diferencia de lo que sucede con las investigaciones iniciadas *motu proprio*, en este caso la aprobación judicial resulta innecesaria, pues se entiende que antes de remitir una situación a la Corte, el Estado parte ha tomado en consideración la importancia y significado del paso que da al proceder de tal modo⁸³³.

2.1. El concepto de autorremisión y las implicaciones de esta práctica

Como se ha adelantado, si bien en virtud del art. 14 del ER cualquier Estado parte puede remitir una situación a la CPI especificando a la Fiscalía las circunstancias y remitiéndole

⁸³² Se trata, como veremos, de la situación remitida por la Unión de las Comoras a la CPI en relación a los crímenes cometidos por miembros de las fuerzas armadas israelíes a bordo de un buque registrado en aquél país.

⁸³³ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2 ed., Oxford, 2008, p. 400.

tanto la información necesaria como la documentación probatoria⁸³⁴, la forma en la que esta disposición viene operando no es la que cabía esperar. En este sentido, autores como Nouwen, Werner y Schabas, opinan que a pesar de que esta posibilidad tiene cabida en el tratado quedando de hecho más que avalada por la práctica, pocos hubieran anticipado en la Conferencia de Roma que un Estado remitiría a la CPI una situación concerniente a su propio territorio y que pudiera implicar a sus nacionales, ya que la intervención se entendería como un alto coste a su soberanía y reputación⁸³⁵. Sin embargo, Robinson considera que no era algo tan novedoso e inesperado, ya que “the narrative about drafters preferring or assuming referrals by third states is not supported by the records and is contradicted by the proposals made and arguments advanced during the negotiations. The records show that delegations were discussing whether objective links of proximity to the situation should be required, with an apparent preoccupation being to reduce frivolous referrals”⁸³⁶. En efecto, el ER no prohíbe a los Estados que remitan situaciones que tengan lugar en sus propios territorios, pero este método de activación de la competencia no está exento de controversia, recelo y consecuencias, ya que ha sido el origen del debate acerca de la instrumentalización de la CPI y de preocupaciones tales como el desentendimiento de las autoridades nacionales de su deber de ejercer la jurisdicción penal ante la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, se trata de una práctica que en cierta manera ha nacido de la propia CPI.

En los primeros años de actividad la Fiscalía alentó las autorremisiones como mecanismo para generar actividad ante el tribunal sin las dificultades añadidas que, como veremos, entraña el ejercicio *motu proprio* de la competencia. Así, a pesar de que la Fiscalía explicara que éste último poder es un aspecto crucial de la independencia de la Oficina, en su lugar adoptó la política de invitar y acoger las remisiones voluntarias de los Estados territoriales

⁸³⁴ Art. 14(2) del ER.

⁸³⁵ NOUWEN, Sarah, WERNER, Wouter, “Doing justice to the political: the International Criminal Court in Uganda and Sudan” en *European Journal of International Law*, vol. 21, nº 4, 2010, pp. 947-948; SCHABAS, William A, “Follow up to Rome: preparing for the entry into force of the Statute of the International Criminal Court” en Mauro Politi, Giuseppe Nesi (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2001, p. 204. Sobre análisis iniciales de esta práctica véanse: KRESS, Claus, “‘Self-referrals’ and ‘waivers of complementarity’. Some considerations inf law and policy” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, nº 4, 2004, pp. 944-948; GAETA, Paola, “Is the practice of ‘self-referrals’ a sound start for the ICC?” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, nº 4, 2004, pp. 949-952; EL ZEIDY, Mohamed M., “The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC” en *International Criminal Law Review*, vol. 5, nº 1, 2005, pp 83–119.

⁸³⁶ ROBINSON, Darryl, “The Controversy over Territorial State Referrals and Reflections on ICL Discourse” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, nº 2, 2011, p. 366.

como un primer paso en la activación de la competencia de la CPI⁸³⁷. Como se ha expuesto, se denominan autorremisiones porque contemplaban el territorio del Estado remitente en lugar del de un tercero. Sin embargo, aquéllos Estados que han remitido sus situaciones a la CPI no buscan que ésta investigue al aparato estatal, sino que en gran medida han recurrido a este sistema con el fin de posicionar a la CPI contra sus enemigos internos, generalmente grupos rebeldes activos en sus territorios⁸³⁸.

Ya los primeros documentos de la Fiscalía comenzaban a apuntar hacia una interpretación del art. 14 del ER que permitía a los Estados esa práctica. Así, en el Documento de 2003 expuso lo siguiente:

“Where the Prosecutor receives a referral from the State in which a crime has been committed, the Prosecutor has the advantage of knowing that that State has the political will to provide his Office with all the cooperation within the country that it is required to give under the Statute. Because the State, of its own volition, has requested the exercise of the Court’s jurisdiction, the Prosecutor can be confident that the national authorities will assist the investigation, will accord the privileges and immunities necessary for the investigation, and will be anxious to provide if possible and appropriate the necessary level of protection to investigators and witnesses.”⁸³⁹

En líneas similares, una consulta que la Fiscalía realizó a un grupo de expertos a finales de 2003 apuntaba a situaciones en las que la Oficina y el Estado acuerdan una división consensuada del trabajo como la mejor opción en interés de la justicia, por ejemplo cuando un Estado no es capaz de llevar a cabo procedimientos efectivos contra los más responsables⁸⁴⁰. Aunque este documento no contemplaba expresamente la cuestión de las autorremisiones, sí recogía el concepto de la ‘admisibilidad incontestada’ o ‘admisibilidad sin oposición’ (‘uncontested admissibility’) al exponer que “[T]here may even be situations where the admissibility issue is further simplified, because the State in question is prepared to expressly acknowledge that it is not carrying out an investigation or prosecution”⁸⁴¹.

A tenor de lo expuesto en el primer capítulo de la presente tesis, esta práctica resulta problemática porque puede entenderse como contraria a lo dispuesto en el preámbulo del ER en lo que al deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal sobre los responsables de

⁸³⁷ ICC-OTP, *Report on the Activities performed during the first three years* (June 2003-June 2006), 12 September 2006, p. 7

⁸³⁸ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 387.

⁸³⁹ ICC-OTP, Annex to the “Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor”: Referrals and Communications, September 2003, p. 4.

⁸⁴⁰ ICC-OTP 2003, *Informal Expert Paper: the principle of complementarity in practice*, p. 3.

⁸⁴¹ *Ibid.*, pp. 18, 20.

crímenes internacionales se refiere. Como bien señala Schabas, al alentar las autorremisiones, Moreno-Ocampo parecía estar cultivando una indiferencia a esta obligación entre algunos Estados parte. En efecto, la CPI ha avalado las autorremisiones sin cuestionar lo que éstas suponen para el fortalecimiento del Derecho Internacional Penal. Como veremos, en dos casos abiertos en la situación de la RDC los jueces señalaron que la autorremisión estatal era perfectamente compatible con el propósito principal del régimen de complementariedad y que el hecho de que un Estado escoja no investigar ni juzgar a un individuo pero sí cooperar con la CPI para que sea ésta quien lo haga, es una actuación compatible con el objeto y fin del ER. Así, un Estado que remita un caso a la CPI indirectamente responde a una de las partes del test de complementariedad, en el sentido de mostrarse con la voluntad de juzgar pero no en sede nacional, sino de que se haga justicia en otra instancia.

Se trata de un enfoque problemático y de difícil solución ya que en realidad lo que disfraza a menudo es la falta de compromiso de los Estados o la falta de voluntad de llevar adelante investigaciones y procesos penales. En este sentido, los motivos que llevan a los Estados a realizar autorremisiones pueden ser de un lado, la incapacidad de hacerlo en sede nacional bien por el colapso institucional o bien por impedimentos legales tales como las amnistías, y de otro, el desinterés o la falta de voluntad, que se da cuando los Estados pueden actuar, pero escogen no hacerlo. También cabe preguntarse no sólo por los motivos, sino por las ventajas de recurrir a esta estrategia. Resulta obvio que, por un lado, se podría hablar de ventajas económicas en la medida en que sería la CPI quien carga con el coste de la investigación y eventuales enjuiciamientos. Por otro, podría señalarse la búsqueda de impunidad por parte del gobierno en cuestión, pues con esta técnica, a pesar de saber que la CPI es un tribunal independiente, va a necesitar de su cooperación en el caso de pretender investigar a individuos con cargos en el aparato estatal. Estos últimos son precisamente los supuestos más complejos para la CPI, aunque, debido al esquema de complementariedad sobre el que se asienta, difícilmente puede ésta desentenderse en aquellos casos en los que los Estados lo hagan. En cualquier caso, lo cierto es que el proceso de remisión estatal recogido en el art. 14 del ER no dispone de ninguna limitación para su activación, es decir, nada menciona en cuanto al estado en el que debe encontrarse, por ejemplo, el sistema judicial del país afectado por la remisión, de ahí que cualquier Estado parte pueda remitir una situación sin la necesidad de cumplir ningún requisito concreto, pues será la Fiscalía quien valore si la situación exige la apertura de una investigación.

2.2. Las autorremisiones de Estados parte: imposibilidad de investigar y juzgar a nivel nacional

Hasta la fecha han sido los Estados de Uganda, RDC, República Centroaricana, Malí, la Unión de las Comoras y Gabon los Estados parte que han remitido a la CPI las situaciones que han tenido o tienen lugar en sus territorios. Salvo en los dos últimos casos, la explicación dada por éstos para justificar las remisiones fue la incapacidad e imposibilidad de llevar investigaciones y enjuiciamientos en sede nacional. Los dos últimos en cambio, únicamente solicitaron la apertura de una investigación, sin indicar los motivos que condujeron a emplear el mecanismo de remisión.

2.2.1. La primera serie de autorremisiones

El primer Estado en hacer uso de este mecanismo fue Uganda, Estado parte en el ER desde junio de 2002, siendo la primera situación que puso a la CPI en funcionamiento. El 16 de diciembre de 2003, el entonces y actual presidente ugandés Yoweri Museveni remitió la ‘situación sobre el ERS’⁸⁴² al fiscal en relación al conflicto que enfrenta hasta el día de hoy al gobierno con este grupo rebelde que ha luchado durante más de dos décadas en el norte de Uganda y al que se le atribuyen crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra como asesinato, esclavitud, encarcelamiento, tortura, violaciones y reclutamiento de niños para su ejército, recogidos en los arts. 7 y 8 del ER⁸⁴³. En el origen de la remisión se encuentra el conflicto que lleva años enfrentando al gobierno ugandés y al ERS y la incapacidad de derrotar al grupo rebelde o de llegar a un acuerdo de paz, tras el fracaso del “Amnesty Act” adoptado por el gobierno en enero de 2000⁸⁴⁴. El creciente deterioro de la situación humanitaria y la consideración desde Naciones Unidas del conflicto en el norte de Uganda como la crisis más abandonada del mundo⁸⁴⁵ comenzaban a desgastar la reputación del

⁸⁴² ICC Press Release, ‘President of Uganda refers ICC situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC’, ICC-20040129-44 (29-01-2004)

⁸⁴³ RODMAN, Kenneth A., “Is the peace in the interest of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the International Criminal Court” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, nº 1, 2009, p. 104.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 409.

⁸⁴⁵ Declaración de Jan Egeland, sub-Secretario General para Asuntos Humanitarios y Coordinador de Auxilio de emergencia de NNUU, disponible en: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=12297&Cr=uganda&Cr1> (última visita 18-05-17).

gobierno. La decisión de remitir la situación se hizo por tanto en este contexto de crisis humanitaria e incapacidad de paralizar al grupo rebelde.

Algunos asesores del servicio exterior de Uganda habían sugerido tanto al Gobierno como a la Fiscalía de la CPI que la situación en este país era ideal para poner en marcha el tribunal⁸⁴⁶ y habiéndose remitido voluntariamente por el Estado una situación tan grave y convincente, esto representaba, a juicio de Akhavan, “both an early expression of confidence in the nascent institution’s mandate and a welcome opportunity to demonstrate its viability. (...) the type of situation that justified international judicial intervention”⁸⁴⁷. No obstante, esta autorremisión fue objeto de críticas como la que señalaba que la motivación subyacente era una estrategia político-militar y una campaña internacional para mejorar la reputación del gobierno de Uganda en lugar del deseo de hacer justicia. En opinión de Nouwen y Werner, el gobierno ugandés “calculated that as a result of the ICC’s investigations into the LRA, ICC supporters would no longer treat the LRA and the government as equals. Instead they would view President Museveni’s administrations as a legitimate government fighting a criminal movement”⁸⁴⁸. En términos similares, Kastner expone que “[I]t has also been suggested that the ‘LRA’ atrocities became a public relations resource for Museveni distracting from is own dismal human rights record and abuses of power’. The rationale behind the referral to the ICC Prosecutor can therefore be seen as being at least partly responsible for the ICC’s creation of perceptions of one-sided justice”⁸⁴⁹.

No obstante, como explican otros autores, para muchos la situación de Uganda fue el reflejo del apoyo de la CPI al Gobierno ugandés: “there was also a strong sense that the ICC intervention was not impartial. The announcement of Uganda’s referral, which was made at a joint press conference with President Museveni, gave rise to perceptions that the Court was siding with the Government – a perception that has proved very difficult to undo. In Uganda, the political skills of President Museveni are admired and respected even by his opponents, and many subsequently assumed that he was in control rather than the ICC”⁸⁵⁰. Resulta difícil

⁸⁴⁶ NOUWEN, Sarah, WERNER, Wouter, *op. cit.*, p. 947.

⁸⁴⁷ AKHAVAN, Payam, “The Lord’s Resistance Army Case: Uganda’s submission of the first State referral to the International Criminal Court” en *American Journal of International Law*, vol. 99, n° 2, 2005, p.404.

⁸⁴⁸ NOUWEN, Sarah, WERNER, Wouter, *op. cit.*, p. 950

⁸⁴⁹ KASTNER, Philipp, “Armed conflicts and referrals to the International Criminal Court. From measuring impact to emerging legal obligations” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n° 3, 2014, p. 477.

⁸⁵⁰ WIERDA, Marieke, OTIM, Michael, “Courts, conflict and complementarity in Uganda” en Carsten Stahn, Mohamed M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity. From Theory to practice*,

mantener un discurso contrario, puesto que para el Estado los únicos objetivos de la autorremisión eran los dirigentes del ERS y Moreno-Ocampo recibió numerosas críticas por parte de ONGs por centrarse únicamente en el ERS y no investigar los crímenes cometidos por las fuerzas del gobierno (las UPDF)⁸⁵¹. El exfiscal justificó los procesos contra los rebeldes determinando que éstos eran responsables de más crímenes contra la población civil que las fuerzas regulares, siendo por tanto la persecución de los primeros prioritaria para la CPI⁸⁵². Sin embargo, Clark considera que en realidad la remisión de Uganda contentó a ambas partes, ya que por un lado servía como blindaje al régimen de Museveni y por otro se presentaba como el estreno de la CPI, aunque la falta de claridad y transparencia de la Fiscalía en relación a su estrategia procesal han hecho que estas percepciones negativas perduren⁸⁵³. Fue tal la presión que recibió Moreno-Ocampo tras aceptar la remisión que iba dirigida específicamente contra el ERS, que el 17 de junio de 2004 envió una carta al presidente de la CPI para aclarar que todas las partes en el conflicto serían investigadas⁸⁵⁴ y el nombre de la situación remitida como ‘situación del ERS’ pronto pasó a llamarse oficialmente ‘situación en Uganda’.

De conformidad con el art. 18 del ER la Fiscalía decidió abrir una investigación en el norte de Uganda el 29 de julio de 2004⁸⁵⁵. Concluida ésta, en octubre de 2005 la SCP II hizo públicas las órdenes de arresto contra Joseph Kony y cuatro comandantes del ERS—de los cuales dos, Raska Lukwiya y Okot Odhiambo, han fallecido— previamente emitidas en julio

Vol II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 1162; SCHABAS, William A., “The International Criminal Court at ten” en Andraz Zidar, Olympia Bekou (Eds), *Contemporary challenges for the International Criminal Court*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2014, p. 187; KERSTEN, Mark, “Why the ICC wont prosecute Museveni” en *Justice in Conflict Blog*, publicado el 15-03-15. Disponible en <http://justiceinconflict.org/2015/03/19/why-the-icc-wont-prosecute-museveni/> (última visita 18-05-17). Este autor aporta una visión crítica de la situación en Uganda y de la interrelación entre el Gobierno y la Fiscalía de la CPI.

⁸⁵¹ RODMAN, Kenneth A., *op.cit.*, p. 112: tras la emisión de las ordenes de arresto en octubre de 2005, alrededor de 1,7 millones de personas fueron trasladadas a campos internos de desplazados, donde las UPDF cometieron abusos documentados por ONGs locales e internacionales contra la población civil, violaciones, detenciones arbitrarias y extorsión entre otros.

⁸⁵² ICC-02/04-01/05-67 (2.12.2005): “In Uganda, we examined information concerning all groups that had committed crimes in the region. We selected our first case based on gravity. Between July 2002 and June 2004, the Lord’s Resistance Army (LRA) was allegedly responsible for at least 2200 killings and 3200 abductions in over 850 attacks. It was clear that we must start with the LRA.”; SCHABAS, William A., “The International Criminal Court at ten” en *Criminal Law Forum*, vol. 22, nº 4, 2011, pp. 505-506.

⁸⁵³ CLARK, Phil, “Chasing cases. The ICC and the politics of state referral in the Democratic Republic of Congo and Uganda” en *The International Criminal Court and complementarity. From Theory to practice*, Vol II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 1201.

⁸⁵⁴ Carta enviada por el exfiscal a la Presidencia, que fue adjuntada a la decisión del 5 de julio de 2004 de adjudicar la situación de Uganda a la Sala II de Cuestiones Preliminares.

⁸⁵⁵ Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into Northern Uganda, Press release ICC-OTP-20040729-65, (29-07-2004).

de ese año⁸⁵⁶. Sin embargo, en marzo de 2008 el gobierno indicó que los principales responsables serían juzgados en una división especial del Tribunal Supremo de Uganda, cuya creación había sido acordada durante las negociaciones de paz de Juba celebradas entre 2006 y 2008 entre el gobierno ugandés y el ERS. Así, solicitó a la oficina de Moreno-Ocampo la anulación de dichas órdenes de arresto bajo la justificación de que iniciaría procesos internos, aunque sin indicar el contenido de esos procesos, es decir, sin identificar a los acusados y los cargos imputados. Como bien apunta Schabas, esta situación en la que un Estado que previamente ha remitido una situación de conflicto en su territorio a la CPI decide posteriormente llevar a cabo procesos a nivel doméstico con el objeto de paralizar los procedimientos ante la CPI en el contexto de un proceso de paz, había sido prevista durante la elaboración del Estatuto, pero no se llegó a establecer ningún mecanismo de solución al respecto⁸⁵⁷. Moreno-Ocampo insistió en que no había procesos nacionales en marcha en relación a los cuatro casos abiertos en la CPI y en 2009 la SCP concluyó que había una situación de inacción total de los tribunales ugandeses⁸⁵⁸, una decisión que fue confirmada por la SA⁸⁵⁹.

En la Conferencia de Revisión celebrada entre el 31 de mayo y 11 de junio de 2010 en Kampala, el presidente de la división especial de Tribunal Supremo de Uganda afirmó que los tribunales nacionales eran perfectamente capaces de juzgar a los líderes del ERS, pero que se había llegado a un *modus vivendi* con la Corte⁸⁶⁰, es decir, el gobierno ugandés no se opuso a los procedimientos ante la CPI. En enero de 2015, fruto de una operación conjunta entre Uganda, la República Centroafricana, los EEUU, Bélgica y la Unión Africana, la Fiscalía anunció que Dominic Ongwen estaba bajo la custodia de la CPI y a la espera de la audiencia de confirmación de cargos⁸⁶¹. Como sabemos, éstos ya han sido confirmados y el proceso está

⁸⁵⁶ A tenor de lo dispuesto en el art. 58.1) y 7), las órdenes de arresto o de comparecencia dictadas por las Salas de Cuestiones Preliminares se emiten previa solicitud del Fiscal.

⁸⁵⁷ SCHABAS, William A., *An introduction to the International...*, *op. cit.*, p. 43. Para un análisis más detallado de esta cuestión véase BURKE-WHITE, William W., KAPLAN, Scott, "Shaping the contours of justice. The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n° 2, 2009, pp. 257-279.

⁸⁵⁸ *ICC Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, "Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute", PTC II, 10-03-09, §s 5, 17, 37, 52.

⁸⁵⁹ *ICC Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, "Judgment on the appeal of the Defence against the "Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute" of 10 March 2009", AC, 16-09-09.

⁸⁶⁰ SCHABAS, William A., *An introduction to the International...*, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁶¹ ICC-OTP, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, following the surrender and transfer of top LRA Commander Dominic Ongwen, nota de prensa del 21-01-15. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-21-01-2015> (última visita 18-05-17).

en fase de juicio oral. Por el momento es el único acusado ugandés trasladado a La Haya que afronta un proceso penal, el resto sigue en busca y captura mientras el dilema de “paz vs justicia” en Uganda permanece activo. Así, como explica Nouwen, desde que el gobierno remitiera la situación a la CPI ha habido una gran actividad por parte de la sociedad civil, y durante los Acuerdos de Paz de Juba tanto las autoridades como el ERS condujeron consultas públicas: “The discussion expanded beyond the question whether the ICC obstructed peacemaking to questions as to how Uganda, not just northern Uganda, should deal with its past, characterised by the widespread commission of crimes against civilians by state and non-state actors alike”⁸⁶².

Si bien en informes anteriores la CPI señalaba que la Fiscalía estaba reuniendo y analizando información sobre crímenes presuntamente cometidos por las fuerzas del gobierno ugandés al tiempo que apuntaba estar colaborando con las autoridades nacionales en la investigación y enjuiciamiento de personas con rango militar inferior⁸⁶³, el último informe de la CPI a Naciones Unidas ésta no señala que siga en esa línea, pues no hace mención a los posibles crímenes cometidos desde el aparato estatal, lo que indica que la CPI parece continuar centrada en miembros del ERS en lo que a Uganda se refiere⁸⁶⁴.

A diferencia de Uganda, en la República Democrática del Congo (en adelante RDC) el citado dilema de ‘paz vs justicia’ está latente en lugar de activo, debido a que el proceso de paz que puso fin a la guerra civil congoleña (1998-2002) subordinó la acción judicial al reparto de poder. Se trató de una guerra en la que participaron más de veinte grupos armados y en la que intervinieron nueve Estados vecinos, todos ellos involucrados, directa o indirectamente, en ataques deliberados contra la población civil⁸⁶⁵. El acuerdo de paz de Sun City (Sudáfrica) garantizó la salida de las fuerzas extranjeras y estableció un gobierno de

⁸⁶² NOUWEN, Sarah M. H., *Complementarity in the line... op. cit.*, pp. 162-163.

⁸⁶³ A/68/314, Informe de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General de Naciones Unidas, 13 de agosto de 2013, p. 12 (última visita 17-11-16). Acceso al documento en el siguiente enlace: http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/anuario_2015/Dip/24.pdf (última visita 18-05-17).

⁸⁶⁴ A/71/342, Informe de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General de Naciones Unidas, 19 de agosto de 2016, pp. 10. Acceso al documento en el siguiente enlace: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/71/342&referer=http://research.un.org/en/docs/law/courts&Lang=S (última visita 18-05-17).

⁸⁶⁵ En diciembre de 2005 la CIJ condenó a Uganda por intervenir mediante el uso ilegal de la fuerza y por expropiar los recursos naturales en suelo congolés entre 1998 y 2003. Véase *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p.168.

transición compuesto por miembros de los distintos grupos armados⁸⁶⁶. Tras recibir varias comunicaciones por parte de individuos y ONGs, Moreno-Ocampo anunció en julio de 2003 que seguiría de cerca la situación en la RDC—Estado parte en el ER desde abril de 2002— y que ésta sería una prioridad para la Fiscalía⁸⁶⁷. Dos meses después informó a la AEP de que solicitaría una autorización a la SCP para comenzar una investigación de oficio en la provincia de Ituri, manifestando que una remisión y apoyo activo por parte de la RDC facilitarían su labor.

Así, el 3 de marzo de 2004, varios meses después de la remisión de Uganda, el gobierno en transición de la RDC remitió la situación de su territorio a la Fiscalía⁸⁶⁸, expresando que “...les autorités compétentes ne sont malheureusement pas en mesure de mener des enquêtes sur les crimes mentionnés ci-dessus ni d’engager les poursuites nécessaires sans la participation de la Cour Pénale Internationale”. Como señala Schabas, este país no sólo estaba remitiendo la situación y los casos que pudieran surgir de la investigación, sino que además, como veremos más adelante, estaba asumiendo la admisibilidad de éstos, aunque no detalló si la autorremisión se debía a una incapacidad institucional o a la falta de voluntad de llevar a cabo procedimientos nacionales⁸⁶⁹. Moreno-Ocampo decidió abrir una investigación en junio de ese año en relación a los crímenes cometidos desde el 1 de julio de 2002 principalmente en el este del país, en concreto en la región de Ituri y las provincias de Kivu Norte y Kivu Sur⁸⁷⁰. Dado que las milicias de este territorio no participaron en el acuerdo de paz ni formaban parte del gobierno en Kinshasa, el riesgo de desestabilizar el gobierno de transición era muy reducido. El 10 de febrero de 2006 la SCP concedía a la Fiscalía la orden de arresto solicitada contra Thomas Lubanga Dyilo, el primer acusado por la CPI. A éste le han seguido Germain Katanga, Bosco Ntaganda y Sylvestre Mudacumura. Los casos *Lubanga* y *Katanga*, ambos

⁸⁶⁶ RODMAN, Kenneth A., *op. cit.*, p. 116.

⁸⁶⁷ Coalition for the International Criminal Court, http://www.iccnw.org/documents/07.16.03-LMO_brief.pdf (última visita 18-05-17).

⁸⁶⁸ ICC-OTP, Prosecutor receives referral of the situation in the Democratic Republic of Congo, 19-04-04. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo> (última visita 18-05-17). (19-04-2004)

⁸⁶⁹ SCHABAS, William A., *An introduction to the International...*, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁷⁰ ICC-OTP, The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court opens its first investigation, 23-06-04. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=the%20office%20of%20the%20prosecutor%20of%20the%20international%20criminal%20court%20opens%20its%20first%20investigation> (última visita 18-05-17).

enviados a La Haya con la ayuda de la MONUC⁸⁷¹, han finalizado y el caso *Ntaganda* se encuentra en fase de juicio oral. Por ahora, Mudacumura es el único acusado por la CPI en la situación relativa a la RDC cuya orden de arresto aún no ha sido cumplida. A pesar del fin de la guerra civil en 2003 y de las elecciones nacionales de 2006, la RDC continúa con conflictos armados, especialmente en las zonas inestables del este limítrofes con Ruanda, Burundi y Uganda.

La tercera situación remitida al exfiscal por un Estado parte en los primeros años de mandato es la de la República Centroafricana, Estado parte en el ER desde el 3 de octubre de 2001. El 7 de enero de 2005 el gobierno remitió la situación en su territorio⁸⁷² y la investigación no se abrió hasta el 22 de mayo de 2007, tratándose del período más largo hasta la fecha entre una autorremisión y su correspondiente apertura de la investigación. Se trata de la primera vez que la Fiscalía ha abierto una investigación en la que las alegaciones y testimonios sobre crímenes de violencia sexual supera en número y con creces a los presuntos crímenes de asesinato. Según el propio Moreno-Ocampo “The allegations of sexual crimes are detailed and substantiated. The information we have now suggests that the rape of civilians was committed in numbers that cannot be ignored under international law”⁸⁷³.

El Tribunal de Casación de la República Centroafricana, el órgano judicial supremo del país, indicó que el sistema judicial nacional era incapaz de llevar a cabo los procedimientos complejos necesarios para investigar y juzgar de manera eficiente los crímenes alegados. Previamente, el exfiscal había expresado su voluntad de esperar la decisión de esta instancia para decidir si comenzar o no una investigación en la República Centroafricana, en cumplimiento del principio de complementariedad del ER mediante el que, como ya se ha comentado en páginas anteriores, la CPI cumple una función *ultima ratio* interviniendo

⁸⁷¹ La operación de paz enviada por el Consejo de Seguridad a través de la Resolución 1291 (2000). Desde el 1 de julio de 2010 su nombre es MONUSCO (United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo).

⁸⁷² ICC-OTP, Prosecutor receives referral concerning Central African Republic, 07-01-05. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp+prosecutor+receives+referral+concerning+central+african+republic> (última visita 18-05-17).

⁸⁷³ ICC-OTP, Prosecutor opens investigation in the Central African Republic, 22-05-07. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=prosecutor+opens+investigation+in+the+central+african+republic> (última visita 18-05-17).

únicamente cuando las autoridades judiciales internas son incapaces o no están dispuestas a realizar procedimientos auténticos⁸⁷⁴.

Comenzada la investigación, el primer individuo acusado fue Jean-Pierre Bemba Gombo, ex vicepresidente y senador de la RDC y presidente y comandante en jefe del MLC. Como sabemos, en marzo de 2016 fue declarado culpable de dos cargos por crímenes contra la humanidad (violación y asesinato) y tres por crímenes de guerra (violación, asesinato y saqueo), cometidos en la República Centroafricana entre el 26 de octubre y el 15 de marzo de 2003 por las tropas del MLC bajo su mando.

En relación con este primer caso la SCP II emitió órdenes de arresto a finales de 2013 contra Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido, acusados de delitos contra la administración de justicia⁸⁷⁵ cometidos en relación con el caso *Bemba*. Todos ellos han formado el segundo caso abierto en la situación de la República Centroafricana. Este proceso, que ha sido por tanto paralelo al juicio contra Bemba, ha finalizado con condena para todos los acusados. La SPI VII concluyó que fueron coautores en la comisión de los delitos de corrupción de testigos de la Defensa y en la presentación de falso testimonio y pruebas ante la CPI, delitos recogidos en el art. 70 del ER⁸⁷⁶.

2.2.2. La segunda serie de autorremisiones: mayor transparencia

Desde la autorremisión de la República Centroafricana en 2004, pasaron ocho años hasta que otro Estado, esta vez también africano, procediera a solicitar la intervención de la CPI en

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ Estos delitos se recogen en el art 70 del ER y en este caso se les imputan los establecidos en el art 70(1)(a)-(c).

Artículo 70

Delitos contra la administración de justicia

1. La Corte tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos contra la administración de justicia, siempre y cuando se cometan intencionalmente:

a) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69;
b) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;
c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba.

⁸⁷⁶ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC VII, 19-10-16.

su territorio. Se trata de Malí, país que autorremitió su situación a la Fiscalía en julio de 2012, poco después de que la Oficina quedara en manos de Fatou Bensouda, alegando incapacidad para perseguir y juzgar a los presuntos responsables⁸⁷⁷. El 16 de enero de 2013 ésta abrió formalmente la investigación sobre los crímenes cometidos en el territorio maliense desde enero de 2012. Dado que una vez más fue el propio gobierno del Estado donde los supuestos hechos estaban teniendo lugar quien remitió la situación a la CPI, esta situación poco parecía diferir de las anteriores. Sin embargo, a pesar de que por parte del Estado el modo de proceder no haya variado, sí lo ha hecho el de la CPI. Por un lado, se trata de la primera vez que ésta hace pública la Carta de remisión del Estado. En los casos anteriores, el tribunal no facilitó al público estos documentos y la única información pública al respecto eran unas notas de la Fiscalía dirigida a la Secretaría y a la Presidencia de la CPI en las que les revelaba la recepción de las remisiones estatales⁸⁷⁸. En esta ocasión el tribunal consideró adecuado hacer pública esa solicitud estatal, con la probable intención de ofrecer más transparencia y de permitir que puedan conocerse los motivos que alega el Estado para proceder con la autorremisión.

Por otro lado, también es la primera vez que la Fiscalía emite un informe acerca de su evaluación conforme al art. 53(1) del ER. Hasta entonces ésta se había limitado a informar de la recepción de las autorremisiones y posteriormente de la apertura de las investigaciones, todo ello sin ofrecer un análisis en el que expusiera su razonamiento. Esta vez en cambio, hizo público un documento en el que analizaba la situación en Malí⁸⁷⁹ y en el que concluía que, a tenor de lo dispuesto en el art. 53(1) del ER—que obliga a la Fiscalía a realizar un examen preliminar de una situación determinada antes de decidir si abrir o no una investigación— la apertura de una investigación en este país era oportuna porque se satisfacían los requisitos de dicha disposición. Este informe supone por tanto un cambio de postura por parte de la Fiscalía y una apuesta por la transparencia en cuanto a su proceso de toma de decisiones y en este

⁸⁷⁷ Carta de remisión del Ministerio de Justicia de Malí a la fiscal Fatou Bensouda del 13 de julio de 2012: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A245A47F-BFD1-45B6-891C-3BCB5B173F57/0/ReferralLetterMali130712.pdf> (última visita 18-05-17).

⁸⁷⁸ En este sentido véanse las siguientes decisiones de la Presidencia de la CPI mediante las que se asignaban las situaciones a las Salas de Cuestiones Preliminares y en las que se adjuntaban la comunicación de la Fiscalía: *ICC Presidency*, Decision assigning the situation in Uganda to Pre-Trial Chamber II, 05-07-2004, p. 4; *ICC Presidency*, Decision assigning the situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I, 05-07-2004, p. 4; *ICC Presidency*, Decision assigning the situation in the Central African Republic to Pre-Trial Chamber III, 19-01-2005, p. 4.

⁸⁷⁹ ICC-OTP, *Situation in Mali, Article 53(1) Report*, 16-01-13. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/SASMaliArticle53_1PublicReportENG16Jan2013.pdf (última visita 18-05-17).

sentido, en el ‘Informe del art. 53(1) respecto a la situación en Malí’ señaló por primera lo siguiente:

“In determining whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation, the Statute provides that the Prosecutor shall consider the factors set out in article 53(1)(a)-(c), namely in relation to: jurisdiction, admissibility and the interests of justice. Although the Office is not required to publicise its report when acting pursuant to a referral under article 53(1), it has decided to do so in the interests of promoting clarity with respect to its statutory activities and decisions. This report is based on information gathered by the Office from January until December 2012.”⁸⁸⁰

Respecto al estado de la propia situación, según el último informe de la CPI a la AGNU emitido el 19 de agosto de 2016⁸⁸¹ el enfoque geográfico inicial de la Fiscalía han sido las regiones del norte del Sahel. Además de prestar atención a las denuncias de ataques contra edificios dedicados al culto y monumentos históricos, incluidos lugares declarados patrimonio de la humanidad, la Oficina está reuniendo pruebas sobre denuncias relativas a delitos de violencia sexual y por razón de género y sobre otros posibles crímenes de guerra y crímenes de contra la humanidad. La Fiscalía solicitó y obtuvo una amplia cooperación de los organismos de las Naciones Unidas presentes en Malí, en particular de la MINUSMA (Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en Malí) y de la UNESCO en lo que respecta a los ataques contra monumentos⁸⁸². Por el momento el único acusado y condenado en el contexto de esta situación ha sido Ahmad Al Faqi Al Mahdi, por la comisión de crímenes de guerra contra el patrimonio histórico⁸⁸³. Se trata de un proceso que difiere del resto porque ha sido la primera vez que un acusado por la CPI se ha declarado culpable de los crímenes imputados, algo que sin duda ha agilizado el proceso hasta convertirlo en el más breve hasta la fecha, y porque ha sido la primera vez que la CPI ha abordado crímenes de guerra de esta índole.

Hay otras dos autorremisiones que se encuentran en fase de examen preliminar, y son las de la Unión de las Comoras y Gabón. La última es muy reciente pero siguiendo el modelo de Malí, la CPI también hizo público el documento de remisión del Estado gabonés en este caso⁸⁸⁴ y por el momento la Fiscalía reúne información en virtud del art. 53(1) del ER con el

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁸⁸¹ A/71/342, Informe de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General de Naciones Unidas, 19 de agosto de 2016, p. 13 (última visita 17-11-16). Acceso en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/71/342&referer=http://research.un.org/en/docs/law/courts&Lang=S (última visita 18-05-17).

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ *ICC Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, “Judgment and Sentence”, TC VIII, 27-09-16.

⁸⁸⁴ Documento de remisión de Gabon remitido al amparo del art 14 del ER el 20 de septiembre de 2016:

objeto de decidir si abrir o no una investigación. Según el art. 14(2) del ER “[E]n la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante”, y el documento de remisión del Estado gabonés ofrece información en ese sentido, aunque de manera sesgada. Dado que el gobierno busca la intervención de la CPI para investigar y juzgar a los aliados del líder de la oposición, la Fiscalía ha declarado que examinará la información sobre crímenes presuntamente cometidos por cualquier grupo o individuos implicados en la situación, sin verse obligada por la información remitida por el Estado⁸⁸⁵. La autorremisión de la Unión de las Comoras se analiza en el siguiente punto dadas sus particularidades, tales como la de su contexto reducido en el que los actos criminales tuvieron lugar y el debate jurisprudencial que suscitó la negativa de la Fiscalía a iniciar una investigación formal.

2.3. Las remisiones de Estados parte contra terceros Estados

A la luz de lo expuesto, la remisión estatal contemplada en el art. 12(2) del ER, en la mayoría de los casos ha sido empleada como autorremisión, siendo los propios Estados los que han solicitado la intervención de la CPI con el objeto de que el tribunal investigue y juzgue a responsables de crímenes cometidos en sus territorios por fuerzas irregulares. Sin embargo, puede constatarse una excepción a esta regla con la remisión realizada por la Unión de las Comoras el 14 de mayo de 2013. Se trata de un hecho novedoso porque además de ser la primera vez que se pone en marcha este sistema con el fin de denunciar crímenes cometidos por un tercer Estado en territorio nacional, supone la primera activación del mecanismo recogido en el art. 12(2)(a) del ER⁸⁸⁶, ya que los incidentes denunciados se cometieron a bordo de un buque registrado en este Estado. También conocida como la situación de la Flotilla humanitaria para Gaza, esta situación alberga algunas cuestiones interesantes respecto a la práctica de la CPI. Antes de proceder con el análisis de esta situación debe señalarse que,

<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-Gabon.pdf> (última visita 18-05-17).

⁸⁸⁵ ICC-OTP Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, concerning referral from the Gabonese Republic, 29-09-16.

⁸⁸⁶ Art 12(2)(a) del ER:

“2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;”

a diferencia de las situaciones anteriormente expuestas, ésta permanece en fase preliminar, de modo que aún no hay ninguna investigación formal abierta ante la CPI. Sin embargo, esto no ha impedido que haya habido ya un desarrollo interesante sobre la cuestión debido a las particularidades que guarda.

Este incidente se dio en relación al ataque que las Fuerzas de Defensa Israelíes llevaron a cabo el 31 de mayo de 2010 en aguas internacionales contra las embarcaciones de la organización pro-palestina “Free Gaza”, denominada “Flotilla de la Libertad”, en el que murieron nueve activistas y otra treintena resultó herida. El objetivo de esta flota era transportar ayuda humanitaria a la franja de Gaza frente al bloqueo que Israel había impuesto al territorio palestino. La flotilla la componían ocho buques, de los cuales el más afectado fue el *Mavi Marmara*, con bandera de la Unión de las Comoras, un Estado parte desde agosto de 2006. Este país, haciendo uso del citado art. 12(2)(a) y del art. 14 del ER, remitió estos hechos a la Fiscalía el 14 de mayo de 2013⁸⁸⁷ y la representación legal de este país clarificó que esta remisión no se limitaba al buque *Mavi Marmara*, sino que comprendía otros buques registrados en otros Estados parte—el *Rachel Corrie* registrado en Camboya⁸⁸⁸ y el *Eleftheri Mesogios/Sofia* en Grecia— y que abarcaba los hechos ocurridos desde el 31 de mayo. La fiscal Bensouda abrió un examen preliminar para determinar si según el ER se cumplían los criterios necesarios para abrir una investigación.

Siendo la primera situación remitida a la Fiscalía por un Estado parte contra un tercer Estado, se trata en palabras de Akande del primer ejemplo práctico de lo que se esperaba de este mecanismo de remisión estatal, esto es, la remisión de un Estado parte a la CPI de acciones cometidas por otro⁸⁸⁹, de manera que “although this is not the first State referral to the ICC, it is the first time that a State has referred a matter involving the actions of *another*

⁸⁸⁷ Documento de remisión de la Unión de las Comoras: <http://icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf> (última visita 18-05-17).

⁸⁸⁸ A diferencia de seis de los ocho buques que fueron atacados el 31 de mayo de 2010, el *Mavi Marmara* incluido, este buque camboyano fue atacado el 6 de junio.

⁸⁸⁹ AKANDE, Dapo, “Court between A Rock and a Hard Place: Comoros Refers Israel’s Raid on Gaza Flotilla to the ICC” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 15-05-13. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/court-between-a-rock-and-a-hard-place-comoros-refers-israels-raid-on-gaza-flotilla-to-the-icc/> (última visita 18-05-17).

Igualmente, en opinion of Schabas: “...it is also of interest because although Comoros is not and cannot charge Israel with the crime of aggression, the referral is entirely related to an aggressive act by one State against another”, SCHABAS, William A., “Out of Africa. Israel is Referred to the International Criminal Court” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 15-05-13. Disponible en <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2013/05/out-of-africa-israel-is-referred-to.html> (última visita 18-05-17).

State (or more accurately, the officials of another State) to the ICC”⁸⁹⁰. No obstante, cabe preguntarse qué es lo que la Unión de las Comoras ha remitido a la Fiscalía y si esta remisión entra en el ámbito de las remisiones de Estados parte establecido en el ER. Como sabemos, un Estado parte puede, de conformidad con los arts. 13(a) y 14(1) del ER, remitir una “situación” en la que se hayan cometido uno o más crímenes recogidos en el art. 5 del ER pero no un “caso”, ya que en virtud del art. 53 es la Fiscalía quien decide este extremo tras la investigación. En este contexto, la remisión de la Flotilla ha generado un debate en torno a la naturaleza del incidente remitido por las Comoras, es decir, se cuestiona si puede calificarse como una situación.

Autores como Akande o Heller consideran que el incidente remitido es una ‘situación’ a efectos del ER aunque ambos coinciden en que es más limitada que las situaciones remitidas hasta entonces⁸⁹¹. Sostienen que el ER, en su art. 14(1), contempla la posibilidad de que una situación consista en un único incidente de la competencia de la CPI⁸⁹², que es precisamente lo que sucede respecto a los crímenes cometidos a bordo del buque. Otros autores como Jacobs consideran en cambio que aceptar el incidente del *Mavi Marmara* como una ‘situación’ podría implicar desnaturalizar este concepto, aunque coincide con los anteriores en que “a ‘situation’ needn’t be the whole territory of a State (as illustrated by the Uganda and Sudan referrals)”⁸⁹³. Aceptar esta remisión supondría, a juicio de este jurista, desdibujar la línea que distingue una situación de un caso: “[A]llowing only one incident to be referred under the label ‘situation’, would be like saying in a national context that investigation into a murder is a ‘situation’... until a suspect is identified and it becomes a ‘case’. (...) In other

⁸⁹⁰ *Ibíd.*

⁸⁹¹ AKANDE, Dapo, “Court between A Rock and a Hard ... *op. cit.*, ver nota 889; HELLER, Kevin J., “Could the ICC Investigate Israel’s Attack on the Mavi Marmara?” en *Opinio Juris*, publicado el 15-05-13: “In terms of the Rome Statute’s legal requirements, I think that Comoros has indeed referred a situation to the Court. Article 14(1) speaks of situations in which “one or more crimes... appear to have been committed,” suggesting that even one crime can, in the right circumstances, qualify as a situation (an attack with a nuclear or chemical weapon, for example). The limited scope of the situation being referred by Comoros, therefore, should not legally disqualify the referral.” Disponible en: <http://opiniojuris.org/2013/05/14/could-the-icc-investigate-the-mavi-marmara-incident/> (última visita 18-05-17).

⁸⁹² *Ibíd.*

⁸⁹³ JACOBS, Dov, “The Comoros Referral to the ICC of the Israel Flotilla Raid: When a ‘situation’ is not really a ‘situation’ en *Spreading the Jam blog*, publicado el 15-05-13: “I’m wondering if narrowing down a referral to a single event doesn’t make a joke out of the whole idea of what a “situation” is (as well as of prosecutorial discretion in the selection of cases). Would we really call, for example, the “referral” of the destruction of the bridge of Mostar or the Sarajevo snipping, “situations”? Or to take an ICC example, what would we have said if only the attack on the AU peacekeepers, for which Abu Garda was charged, had been referred by the Security Council?” Disponible en: <https://dovjacobs.com/2013/05/15/the-comoros-referral-to-the-icc-of-the-israel-flotilla-raid-when-a-situation-is-not-really-a-situation/> (última visita 18-05-17).

words, I think that we are here very close to a ‘case’ being referred to the ICC. This feeling is obviously strengthened by the fact that the perpetrators are already known and pointed to in the referral, at least collectively, as the IDF⁸⁹⁴.

Como hemos visto, el ER ciertamente ofrece la posibilidad de remitir a la Fiscalía un único incidente o conducta, por lo que la postura de Jacobs quizás resulte demasiado inflexible en este sentido. Además, si bien es cierto que la carta de remisión señala a los presuntos responsables del ataque, este hecho no debería ser motivo para no aceptar la remisión, pues la Unión de las Comoras no es el primer Estado en hacerlo y baste para ello recordar la remisión de Uganda, en la que como sabemos, el gobierno puso en el punto de mira al ERS tratando de influir así al tribunal. Si efectivamente la Fiscalía considera que la remisión se hace respecto de una situación, se podría criticar el hecho de señalar a esos individuos, aunque en este caso las sospechas o suposiciones sobre la autoría del ataque estaban fuera de cualquier duda debido al propio contexto tan particular en el que se desarrollaron los hechos denunciados.

Por otra parte, el Estado denunciante relaciona este incidente con el conflicto palestino-israelí y lo entiende como una consecuencia directa del mismo, calificando los resultados del ataque como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁸⁹⁵. Esta cuestión es más discutible que la anterior, puesto que resulta muy controvertido que la CPI pueda aceptar la vinculación directa del incidente a bordo del buque a dicho conflicto y que por tanto pueda investigar crímenes cometidos en territorio palestino, más aún cuando, como veremos, la propia Fiscalía rechazó en 2012 la declaración *ad hoc* de Palestina. Consideramos, pues, que si bien el ataque se produjo en el contexto del conflicto palestino-israelí debido al bloqueo impuesto por Israel, la remisión de dicha situación o incidente no habilitaría a la CPI para iniciar una investigación sobre, pongamos por caso, la política de ocupación israelí.

La respuesta ofrecida por la Fiscalía consistió en declarar en primer lugar que el incidente estaba directamente relacionado con el bloqueo naval impuesto por Israel contra la franja de Gaza en cuyo contexto tuvo lugar aunque la legalidad del bloqueo fuera controvertida. En su opinión esta cuestión sólo afectaba a la valoración del supuesto crimen de guerra previsto en

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ Documento de remisión de la Unión de las Comoras, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf> (última visita 18-05-17).

el art. 8(2)(b)(ii) del ER, esto es, el ataque dirigido intencionalmente contra bienes civiles⁸⁹⁶. En segundo lugar concluyó que había indicios para creer que se habían cometido crímenes de guerra a bordo del buque *Mavi Marmara* el 31 de mayo de 2010 aunque rechazó las alegaciones respecto a la supuesta comisión de crímenes contra la humanidad⁸⁹⁷.

Sin embargo, pese a estas conclusiones, la fiscal decidió no abrir una investigación por entender que la situación no era lo suficientemente grave, criterio que, junto con el principio de complementariedad, conforma el análisis de admisibilidad: “after carefully assessing all relevant considerations, I have concluded that the potential case(s) likely arising from an investigation into this incident would not be of “sufficient gravity” to justify further action by the ICC”⁸⁹⁸. Como apunta Jacobs, y más tarde tendremos ocasión de abordar, esta valoración sobre la gravedad de la situación remitida podría ser incoherente con la interpretación del concepto de gravedad realizado por la Fiscalía respecto de casos anteriores⁸⁹⁹.

Sección 3ª. La activación por parte del Consejo de Seguridad

3.1. Consideraciones previas

Los trabajos preparatorios del ER muestran los debates que se vinieron dando desde tiempo atrás en relación a la interacción entre la jurisdicción internacional penal y los órganos de Naciones Unidas, en los que se llegó incluso a plantear la posibilidad de que tal institución se creara como un órgano principal o subsidiario de la ONU, lo que en palabras de Ciampi, “[I]l n’est pas non plus surprenant que l’aspect le plus controversé de cette relation concerne les possibles interactions entre la CPI et le Conseil de sécurité”⁹⁰⁰. No obstante, si bien

⁸⁹⁶ ICC-OTP, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report, 06-11-14, § 18.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, §s 19, 21: “...on the basis of the information available, it does not appear that the conduct of the IDF during the flotilla incident was committed as part of widespread or systematic attack, or constituted in itself a widespread or systematic attack, directed against a civilian population. Accordingly, there is no reasonable basis to believe that crimes against humanity under article 7 were committed within the referred situation.”

⁸⁹⁸ *Ibid.*, § 24.

⁸⁹⁹ JACOBS, Dov, “The Comoros Referral... *op. cit.*, ver nota 893, en relación al caso de Abu Garda (Darfur). Para una lectura crítica de la decisión de la Fiscalía véase BUCHAN, Russell, “Scoping Out the Crime: Palestine, the Mavi Marmara and the ICC” en *Justice in Conflict Blog*, publicado el 08-12-14. Esta cuestión se tratará en la sección 3ª del siguiente capítulo.

⁹⁰⁰ CIAMPI, Annalisa, “La cour pénale internationale et les Nations Unies” en Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Dirs.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A. Pedone, Paris, 2012, p. 78.

finalmente se descartó la opción de que el tribunal dependiera tanto principal como subsidiariamente de las Naciones Unidas optando alternativamente por la creación de una organización independiente, la posibilidad de que el CS tuviera la potestad de activar la competencia de ésta estuvo presente desde que se comenzaron los trabajos preparatorios del ER en la CDI⁹⁰¹. Dado que recae sobre el CS la responsabilidad primaria del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y que en este marco pueden darse cuestiones relativas a crímenes internacionales sobre los que la CPI es competente, el punto de partida era simple⁹⁰². Así, a pesar de las críticas y reticencias presentadas en la Conferencia de Roma por muchas delegaciones estatales y ONGs en torno a la posibilidad de conceder la potestad de activación a este órgano político⁹⁰³, esta potestad se introdujo en el art. 13 (b) del ER:

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

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;”

A diferencia de lo que ocurre con las otras dos vías de activación previstas en el art. 13, en este caso no se requiere que el Estado territorial o el Estado de la nacionalidad del autor sean partes en el ER o que hayan consentido en obligarse a él mediante un acuerdo *ad hoc*⁹⁰⁴, de manera que el alcance de la competencia de la CPI cuando ésta es activada mediante este mecanismo puede abarcar todos los Estados miembros de Naciones Unidas⁹⁰⁵. Como expone Bollo Arocena, en este caso “el reconocimiento a favor del Consejo de Seguridad de la capacidad de activar a la CPI hace que en el seno del Estatuto exista una Corte Penal Internacional *ad hoc* en hibernación”⁹⁰⁶ o que se pueda hablar de “una especie de justicia universal ejercida por la propia Corte Penal Internacional”⁹⁰⁷. No obstante, para que la resolución de remisión sea efectiva como mecanismo activador de la competencia, es imprescindible que ésta se haga sobre la base del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, que será por tanto vinculante para todos los Estados. Así pues, debe tratarse de una

⁹⁰¹ QUESADA ALCALÁ, Carmen, *op. cit.*, p. 285.

⁹⁰² *Ibíd.*, pp. 285-286.

⁹⁰³ *Ibíd.*, pp. 289-290.

⁹⁰⁴ Art. 12(3) del ER.

⁹⁰⁵ Interpretación conjunta de los arts. 12 y 13 del ER.

⁹⁰⁶ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Algunas reflexiones al hilo del caso de Omar al Bashir” en Javier Quel López, M^a Dolores Bollo Arocena, (Eds), *Intereses públicos, intereses privados, su defensa y colisión en el Derecho Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 104.

⁹⁰⁷ *Ídem*, *Derecho Internacional Penal: un estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial UPV/EHU, Bilbao, 2004, p. 551.

situación calificada como amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión por el CS, ya que en caso de que no haya hecho tal calificación previa o que la remisión no lo especifique, según lo dispuesto en el art. 15(1) del ER el CS no actuaría como activador, sino como simple informador de la Fiscalía para que ésta decida de oficio sobre la apertura de una investigación⁹⁰⁸.

Como sabemos, en virtud del art. 39 de la Carta de Naciones Unidas es el propio CS el competente para determinar la existencia de ese supuesto, poder que no está sometido más que a la condición de que la calificación se haga de acuerdo con los Principios y Propósitos de las Naciones Unidas⁹⁰⁹. De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los crímenes sobre los que la CPI es competente, no resulta difícil que el CS califique una situación en la que se han cometido o se están cometiendo estos actos como amenaza a la paz o quebrantamiento de la paz. No obstante, ya hay quien ha señalado que en la práctica esto implica una gran discrecionalidad por parte del CS a la hora de decidir qué situaciones remite y cuáles no, algo que por otra parte, se afirma, es inevitable⁹¹⁰ considerando que se trata de un órgano político que adopta decisiones políticas.

Hasta la actualidad sólo las situaciones de Darfur y Libia han sido remitidas mediante este mecanismo, ambos Estados no parte en el ER. En relación con Darfur, la Resolución 1593 (2005) señala que

“(…) *Determinando* que la situación en el Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales,
Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, (...)”⁹¹¹.

En relación con Libia, la Resolución 1970 (2011) precisa que

“(…) *Habiendo determinado* que la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia sigue representando una amenaza para la paz y la seguridad internacionales,
Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (...)”⁹¹².

⁹⁰⁸ OLASOLO, Héctor, *The triggering procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 92.

⁹⁰⁹ CARDONA LLORENS, Jorge “La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales” en Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer, José Luis González Cussac (Coords.), *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar...op. cit.*, p. 63, en relación al art. 24(2) de la Carta de Naciones Unidas.

⁹¹⁰ QUESADA ALCALÁ, Carmen, *op. cit.*, p. 294.

⁹¹¹ Situación en Sudán, Resolución 1593 (2005) del CS, (31-03-05).

⁹¹² Situación en Libia, Resolución 1970 (2011) del CS, (17-03-11).

Debe subrayarse que, al igual que en el caso de las remisiones llevadas a cabo por los Estados parte, lo que el CS remite a la Fiscalía es una situación y no un caso contra una o varias personas concretas, puesto que como ya se ha puesto de manifiesto, el monopolio de la acción penal es de aquélla. Como expone Cardona Llorens, esto “implica una garantía para la autonomía de la Corte. La función de determinar si ha habido o no comisión de alguno de los crímenes para los que la CPI es competente es exclusiva de ésta, así como la determinación del eventual culpable o culpables de su comisión”⁹¹³. El fin por tanto no es otro que respetar la independencia de la CPI y rebajar su politización todo lo posible⁹¹⁴. Según el art. 17(1) del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas⁹¹⁵, corresponde al secretario general de Naciones Unidas transmitir de inmediato la solicitud del CS a la Fiscalía de la CPI.

Un debate doctrinal al que se ha puesto punto final recientemente cuestionaba si el principio de complementariedad es aplicable o no en el caso de las remisiones hechas por el CS, es decir, si la CPI puede declarar un asunto remitido por el CS inadmisibile por alguna de las causas recogidas en el art. 17 del Estatuto tras la impugnación presentada por un Estado o un imputado, o si, en definitiva, las jurisdicciones nacionales deben ceder necesariamente ante una remisión de esta naturaleza. Autores como Cassese, Bollo Arocena o Gutiérrez Espada han sido de la opinión de que el principio de complementariedad opera igual que en el resto de activaciones del art. 13 del ER⁹¹⁶. La discusión temprana en torno a este tema parecía derivar de la lectura e interpretación de los arts. 18 y 53 de dicho instrumento. El art. 53(1) dispone que el fiscal puede decidir abrir o no una investigación basándose en estos criterios: a) que no exista fundamento razonable (art. 53(1)(a)); b) que la causa sea inadmisibile según el art. 17 del Estatuto (art. 53(1)(b)) o que aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas una investigación no redundara en interés de la justicia (art. 53(1)(c)). El CS, ante la negativa de la Fiscalía, puede solicitar a los jueces que persuadan a ésta para que cambie de postura pero no está obligada a ello. Sólo cuando la negativa se base en el último supuesto (el art. 53(1)(c)), podrán los jueces obligarle a abrir una investigación si

⁹¹³ CARDONA LLORENS, Jorge, *op. cit.*, p. 65.

⁹¹⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad” en *Anuario de Derecho Internacional*, 2002, XVIII, p. 28.

⁹¹⁵ Celebrado en Nueva York el 4 de octubre de 2004. Acceso al texto del acuerdo en el siguiente enlace: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/Compendium.3rd.03.SPA.pdf

⁹¹⁶ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 297-298; BOLLO, AROCENA, M^a Dolores, *Derecho Internacional Penal... op. cit.*, pp. 569-570; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *op. cit.*, pp. 29-33.

no están de acuerdo con la decisión. Según Gutiérrez Espada el motivo para estas diferentes consecuencias reside en que la Fiscalía, en ese último supuesto, estaría actuando con base en el principio de oportunidad y no en el principio de legalidad como en los otros dos casos, ya que se trata de una disposición de carácter subjetivo⁹¹⁷.

El art. 18 por su parte, relativo a las decisiones preliminares sobre la admisibilidad, puede, como manifiesta Bollo Arocena, generar confusión. Al no mencionar la obligación de informar a los Estados sobre el inicio de una investigación cuando la situación haya sido remitida por el CS, podría concluirse que, tal y como opina Cardona Llorens, no hay lugar a la solicitud de inhibición del fiscal por parte de los Estados y que por ende el principio de complementariedad no será aplicable en este caso⁹¹⁸. Sin embargo, resulta esencial tener en cuenta que estas valoraciones son anteriores a la puesta en práctica de esta vía de activación. Con todo, Bantekas estimó que a la luz de la situación de Darfur la duda o discusión respecto a la complementariedad parece quedar disipada en favor de quienes opinan que la complementariedad no es aplicable: “[T]he early jurisprudence of the ICC chambers clearly demonstrates that Council referrals entail the exercise of primary jurisdiction by the ICC over crimes committed in the territory of parties and non-parties and by nationals of all States. Complementarity therefore is inapplicable in respect of Council referrals”⁹¹⁹, opinión que no parece ajustarse a la práctica y proceder de la Corte, ya que cuando Bantekas realizó esta consideración, la situación de Libia aún no había sido remitida. Asimismo, se da la circunstancia de que Sudán nunca ha impugnado la admisibilidad de los casos abiertos ante la CPI, algo en aquél entonces quizás pudo dar pie a defender esa teoría.

Por este motivo resultaba ya más acertada la opinión de White y Cryer, quienes estimaban, como la gran mayoría de la doctrina en la actualidad, que este principio sí debe tenerse en consideración, tal y como manifestó la Comisión Internacional de Investigación para Darfur⁹²⁰, en la que se recoge que es la Fiscalía quien tiene la última palabra al respecto⁹²¹.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 32; PLANCHADELL, Andrea, *op. cit.*, pp. 176-177.

⁹¹⁸ CARDONA LLORENS, Jorge, *op. cit.*, p. 69.

⁹¹⁹ BANTEKAS, Ilias, *op. cit.*, p. 431.

⁹²⁰ Creada al amparo de la Res. 1564 (2004) del 18 de septiembre de 2004 del Consejo de Seguridad: http://www.un.org/en/sc/repertoire/2004-2007/04-07_05.pdf#page=23 (última visita 18-05-17), p. 147.

⁹²¹ WHITE, Nigel, CRYER, Robert, “The ICC and the Security Council: an uncomfortable relationship” en José Doria, Hans-Peter Gasser, Cherif M. Bassiouni, (Eds.), *The legal regime of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 463; Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (25-01-05), §s 606-609. En la misma línea véase también JURDI, Nidal N.,

Como se deduce de ambas posturas, la posición en relación a la complementariedad en este supuesto es un asunto que hasta hace no mucho tiempo ha suscitado dudas. No obstante, a la luz de la práctica reciente en relación a la situación libia, puede afirmarse que el principio de complementariedad, como veremos, se aplica de igual manera ante remisiones del CS, pues basta como prueba las impugnaciones de la admisibilidad de los casos *Al-Islam Gaddafi* y *Al-Senussi* presentadas por Libia, impugnaciones éstas tratadas y debatidas en el seno de la SCP I y de la SA⁹²². Como abordaremos más adelante, la Sala falló en contra del Estado libio en el primer caso y a favor en el segundo, procesos que demuestran el carácter complementario de la CPI y no su primacía en relación a los casos derivados de remisiones del CS, pues de lo contrario Libia no hubiera tenido la oportunidad siquiera de presentar tales impugnaciones. Además, la Fiscalía ha dejado claro en sus informes e intervenciones ante el CS la importancia de determinar la admisibilidad de un caso en virtud del art. 17 y este punto nunca se ha llegado a cuestionar en el seno del CS⁹²³. Ahora bien, a pesar de que como expone Schabas las dos remisiones realizadas hasta la actualidad son “welcomed because they brought the Court to the centre of some of the great international crises of the day”⁹²⁴, este sistema de remisión plantea una serie de controversias a la CPI que obstaculizan el ejercicio de su mandato.

The International Criminal Court and National Courts. A contentious relationship, Ashgate, Farnham, 2011, p. 215 y ss.

⁹²² *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Public redacted-Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, PTC I, 31-05-13; *ICC The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, AC, 21-05-14.

⁹²³ Informes del secretario general sobre el Sudán:

S/PV.5216, 5216ª sesión, 29-06-05, p. 2:

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.5216&referer=/english/&Lang=S (última visita 18-05-17).

S/PV.5321, 5321ª sesión, 13-12-05, p.3:

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.5321&referer=/english/&Lang=S (última visita 18-05-17).

⁹²⁴ SCHABAS, William A., “The International Criminal Court at ten” en *Criminal Law Forum...*, op. cit., p. 503.

3.2. Proceso de adopción y las restricciones en la formulación de las Resoluciones 1593 (2005) y 1970 (2011)

Como ya se ha señalado, las dos remisiones del CS existentes hasta la fecha se realizaron mediante las Resoluciones 1593 (2005) y 1970 (2011), la única vía posible para dotar a la CPI de competencia por tratarse de Estados no parte en ER. En relación a Darfur el órgano político de Naciones Unidas ya había puesto su atención en la situación de conflicto que atravesaba el territorio sudanés antes de proceder a la remisión. Durante el 2004 emitió las Resoluciones 1547, 1556 y 1564⁹²⁵ —las dos últimas bajo el Capítulo VII de la Carta— y, mientras las dos primeras condenaban la violencia y la violación de derechos humanos en referencia a las milicias Janjaweed, la última establecía una Comisión de Investigación y urgía al gobierno a desarmar y a arrestar a los responsables y a informar a la Misión de la Unión Africana en Sudán de las personas detenidas. En las dos últimas se hacía referencia al art. 41 de la Carta en caso de incumplimiento, esto es, a medidas de coacción que no impliquen el uso de la fuerza armada.

Dicha Comisión, tras reunir información y realizar un exhaustivo análisis de la situación en Darfur, afirmó en su informe la incapacidad y la falta de disposición del sistema de justicia nacional y propuso al CS que remitiera la situación a la CPI⁹²⁶. Asimismo, la Comisión expuso que sólo la autoridad de este tribunal, reforzada por el CS, podría obligar a los líderes estatales y rebeldes a someterse a una investigación y a posibles enjuiciamientos, considerando que ésta estaba en mejor posición para asegurar un juicio auténtico y justo. Señaló también que su competencia podía ser activada de forma inmediata, a diferencia de otros mecanismos como los tribunales mixtos o internacionalizados que requieren un proceso de creación y de puesta en funcionamiento. Finalmente, expresó que los procedimientos ante la CPI no supondrían necesariamente una carga económica significativa para la comunidad internacional⁹²⁷. En marzo de 2005, tras varias semanas de debate en las que se sopesaron diversas opciones⁹²⁸, finalmente el CS remitió el asunto a la CPI con once votos a favor y

⁹²⁵ UN Doc. S/RES/1547 (11-06-2004); UN Doc. S/RES/1556 (30-07-2004); UN Doc. S/RES/1564 (18-09-2004).

⁹²⁶ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 376.

⁹²⁷ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564 (2004), UN Doc. S/2005/60, §§ 571-572.

⁹²⁸ La propuesta estadounidense de crear de un tribunal *ad hoc*, extender la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* ya existentes o la creación de un tribunal mixto como el de Sierra Leona o Timor Oriental, en CRYER, Robert,

cuatro abstenciones, entre las que se sitúan la de China y Estados Unidos. El resultado fue acogido por muchos como una victoria de la justicia internacional penal, pues dada la hostilidad hacia la CPI de estos Estados con derecho a veto, no cabía esperar que la resolución saliera adelante. No obstante, como tendremos ocasión de comprobar, la abstención podría considerarse más una señal de ‘tolerancia’ hacia la decisión basada en el informe de la Comisión—, que ciertamente revelaba toda una serie de sucesos dramáticos que estaban sucediendo en Darfur—, que un compromiso político con el enjuiciamiento de los crímenes de la mano de la CPI⁹²⁹.

Moreno-Ocampo decidió abrir la investigación sobre esta situación el 6 de junio de 2005⁹³⁰, sobre la que en la actualidad hay cuatro casos abiertos contra cinco individuos, algunos miembros de las milicias Janjaweed y otros del gobierno: el caso Harun y Kushayb, el caso Al Bashir; el caso Banda y el caso Hussein. A todos ellos se les imputa la comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y al presidente Al Bashir, como sabemos, crímenes de genocidio adicionalmente. Los cinco acusados permanecen en libertad ya que las órdenes de arresto contra ellos siguen sin cumplirse⁹³¹. Debido a la falta de cooperación del propio Estado de Sudán, de los Estados y del propio CS, en diciembre de 2014 la Fiscalía decidió suspender las investigaciones en el asunto de Darfur: “Faced with an environment where my Office’s limited resources for investigations are already overstretched, and given this Council’s lack of foresight on what should happen in Darfur, I am left with no choice but to hibernate investigative activities in Darfur as I shift resources to other urgent cases, especially those in which trial is approaching”⁹³².

En lo que a Libia se refiere, en un intento de responder con rapidez a escalada de violencia que se estaba desarrollando en Bengazí y al incumplimiento del gobierno libio de proteger a

“Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 1, 2006, pp. 201-202.

⁹²⁹ ALOISI, Rosa, “A tale of two institutions: the United Nations Security Council and the International Criminal Court” en *International Criminal Law Review*, vol. 13, n° 1, 2013, p. 16.

⁹³⁰ ICC-OTP, The Prosecutor of the ICC opens investigation in Darfur, 06-06-05.

⁹³¹ A pesar de que las investigaciones en esta situación se hayan suspendido, el caso contra el actual Presidente Omar Al Bashir, como veremos en otro capítulo, resulta especialmente interesante, pues se trata del primer Jefe de Estado acusado por la Corte y su caso está teniendo hasta la actualidad una gran repercusión.

⁹³² Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, pursuant to UNSCR 1593 (2005), 12-12-2014: <http://icc-cpi.int/iccdocs/otp/stmt-20threport-darfur.pdf>, p.3. Para un análisis sobre este punto véase McDERMOTT, Yvonne, “The ICC Prosecutor ‘shelves’ the Darfur situation: What is the Security Council supposed to do?” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 14-12-14. Disponible en: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2014/12/some-thoughts-on-shelving-of-darfur.html> (última visita). En el Capítulo VI se profundizará sobre la cooperación en relación a esta remisión.

su población, el 26 de febrero de 2011 se remitió la situación a la CPI mediante la Resolución 1970, en esta ocasión, con el voto favorable de todos los miembros del CS⁹³³. A diferencia de lo que sucedió en Darfur, esta vez la remisión se realizó antes de que la Comisión Internacional de Investigación sobre Libia finalizara su trabajo y antes de que se estableciera un fundamento sólido para el enjuiciamiento⁹³⁴. A pesar de estas cuestiones, las pruebas sobre la comisión de crímenes contra la humanidad y violaciones del DIH eran muy numerosas y esto impulsó una remisión inmediata⁹³⁵. La Fiscalía, una vez analizada toda la información respecto de las violaciones de derechos humanos cometidas y tras examinar las cuestiones de competencia, admisibilidad (complementariedad y gravedad) e interés de la justicia, decidió abrir una investigación el 3 de marzo de 2011⁹³⁶. Días después, la CPI emitió órdenes de arresto contra Muamar Gaddafi, su hijo Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, ex jefe de inteligencia del gobierno de aquél.

Si bien se trataba de una resolución más completa que la empleada en 2005, pues imponía el embargo de armas, prohibiciones de viajar y congelaba los activos de Gaddafi y miembros cercanos, la remisión de esta situación se presentaba como un escenario complejo para la CPI. Primero, porque dada la velocidad a la que derrollaron los hechos, la CPI intervino en la situación de conflicto sin el conocimiento adecuado de los sucesos que habían tenido lugar hasta febrero de 2011 y, pese a las órdenes de arresto inmediatamente emitidas, desconocía a un gran número de individuos señalados en la Resolución 1970 como presuntos colaboradores de Gaddafi⁹³⁷. Y segundo, porque dada la ausencia de una estrategia de negociación con el gobierno de Gaddafi en el texto de la misma, la motivación del CS parecía ser forzar a éste a dejar el poder e instaurar un nuevo régimen en Libia⁹³⁸. Estas circunstancias empeoraron la situación de violencia, obligando al CS a adoptar la Resolución 1973 (2011), en la que se solicitaba a los Estados miembros discutir medidas, incluida el uso de la fuerza, para hacer cumplir la resolución anterior⁹³⁹.

⁹³³ UN Doc. S/RES/1970 (2011), 26-02-11.

⁹³⁴ ALOISI, Rosa, *op. cit.*, p. 162.

⁹³⁵ *Ibid.* Véase también Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya, UN. Doc. A/HRC/17/44, 01-06-11.

⁹³⁶ ICC Statement 02-03-11: ICC Prosecutor to open an investigation in Libya.

⁹³⁷ ALOISI, Rosa, *op. cit.*, p. 163.

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ UN. Doc. S/RES/1973 (2011), 17-03-11.

Como observa Bollo Arocena, esta capacidad que el Estatuto atribuye al CS merecería en principio una valoración positiva, pues se trata de una fuente más a partir de la cual la CPI puede tener competencia ante supuestos de conflicto que los Estados o el fiscal no haya querido o podido remitir o investigar⁹⁴⁰. A nuestro modo de ver, por lo general, es cierto que esta vía de activación podría considerarse como ‘positiva’ porque permite extender la jurisdicción de la CPI, y de hecho, las dos citadas resoluciones han gozado de un considerable apoyo en el CS, pues se fundamentaron en pruebas concretas sobre la comisión de crímenes internacionales y esto ha permitido presentar las remisiones a la CPI como un mecanismo de respuesta potencial en el sistema de Naciones Unidas⁹⁴¹. Sin embargo, también son fruto de controversia, pues ambas se acompañaron de límites jurisdiccionales *ratione personae* que excluyen a ciertos nacionales de la jurisdicción de la CPI. Esta limitación se encuentra en los polémicos sextos apartados operativos de cada uno de los textos, que salvo la referencia a la UA, son esencialmente idénticos:

“los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán (o Libia en el caso de la Res. 1970) y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas establecidas o autorizadas por el Consejo[o la Unión Africana], a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva.”

Las remisiones se diseñaron como instrumentos activadores de la competencia de la CPI. Se adoptaron mecanismos para impedir la utilización selectiva de la misma y proteger su independencia. Asimismo, se introdujeron garantías para asegurar que la Fiscalía mantendría su discrecionalidad al decidir si comenzar o no una investigación y el poder de las remisiones fue limitado a ‘situaciones’ y no a ‘casos’ con el fin de preservar la autonomía de los procedimientos y prevenir que la remisión se utilizara para dirigir a la CPI contra individuos específicos⁹⁴². A pesar de estas cuestiones, la abstención estadounidense respecto a la resolución de Darfur, así como su apoyo a la resolución sobre Libia, no fueron gratuitos, sino que se pagaron con la concesión de dichas limitaciones, inspiradas en la Resolución 1497 relativa a la misión de paz en Liberia⁹⁴³. Esto ha llevado a algunos autores a señalar la

⁹⁴⁰ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, *Derecho Internacional Penal... op. cit.*, p. 553.

⁹⁴¹ RUIZ VERDUZCO, Deborah, “The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court... op. cit.*, pp. 35-36.

⁹⁴² *Ibid.*, p. 36.

⁹⁴³ UN Doc. S/RES/1497 (2003), § 7: “Decides that current or former officials or personnel from a contributing State, which is not a party to the Rome Statute of the International Criminal Court, shall be subject to the exclusive jurisdiction of that contributing State for all alleged acts or omissions arising out of or related to the

incompatibilidad de estas resoluciones con el ER, así como a apuntar a una posible ilegalidad de las mismas⁹⁴⁴.

Resulta llamativo que en la votación de la Resolución 1593 Brasil fuera el único Estado que se abstuvo alegando su rechazo al citado párrafo sexto. Si bien compartió la abstención con Estados Unidos, China y Argelia, este Estado fue el único que mostró su disconformidad con el mismo y su intención de no acomodar las exigencias de los miembros permanentes⁹⁴⁵. En la votación de la Resolución 1970 Brasil volvió a mostrar sus serias reservas al párrafo sexto y señaló que “conviction that initiatives aimed at establishing exemption of certain categories of individuals from the jurisdiction of the ICC are not helpful to advancing the cause of justice and accountability and will not contribute to strengthening the role of the Court”⁹⁴⁶. Estas cláusulas de exención han creado problemas de percepción, ya que muestran un doble estándar por parte del CS y los Estados poderosos que lo rigen, sugiriendo que la CPI puede ser utilizada para atacar a algunos y al mismo tiempo proteger a otros⁹⁴⁷. En cualquier caso, los efectos de las cláusulas en la práctica han sido inapreciables y la Fiscalía no las ha tratado como obstáculos a la investigación. La CPI bien podría haber impugnado el carácter vinculante de las resoluciones con arreglo al ER, y sostener que en efecto son contrarias a lo dispuesto en los arts. 12(2) y 27 del mismo. A pesar de que podrían considerarse meros ejemplos de mala práctica por parte del CS que erosionan el principio de igualdad ante la ley y la independencia judicial de la CPI, lo cierto es que, recientemente, esta cláusula ha sido introducida una vez más en un proyecto de resolución.

Otra cuestión controvertida incluida en las resoluciones, y que en la actualidad está generando serios impedimentos a la CPI en el desarrollo de sus funciones, fue el compromiso

Multinational Force or United Nations stabilization force in Liberia, unless such exclusive jurisdiction has been expressly waived by that contributing State.”

⁹⁴⁴ SCHABAS, William A., *An introduction to the International...op. cit.*, pp. 173-174.

⁹⁴⁵ UZIEL, Eduardo, “The Vote of Brazil in the United Nations Security Council (1946–2011) and the Role of Elected Members in the Decision-Making Process” publicado en *ResearchGate* en enero de 2015, p. 79. Documento disponible en el siguiente enlace:

https://www.researchgate.net/publication/301231230_The_Vote_of_Brazil_in_the_United_Nations_Security_Council_1946-2011_and_the_Role_of_Elected_Members_in_the_Decision-Making_Process (última visita 18-05-17).

⁹⁴⁶ Declaración del Embajador Viotti, UNSC 6491st meeting (26-02-11), UN Doc S/PV/6491, 7.

⁹⁴⁷ RUIZ VERDUZCO, Deborah, *op. cit.*, p. 37.

diplomático de disponer que el coste de las investigaciones y procesos sobre Darfur y Libia corrieran a cargo de los Estados parte del ER⁹⁴⁸, recogido en los siguientes términos:

“El Consejo de Seguridad,

*Reconoce que ninguno de los gastos derivados de la remisión a la Corte, incluidos los gastos relativos a las investigaciones o los enjuiciamientos relacionados con dicha remisión, deberán ser sufragados por las Naciones Unidas y que dichos gastos serán sufragados por las partes en el Estatuto de Roma y por aquellos Estados que deseen contribuir voluntariamente.”*⁹⁴⁹

Tal y como señalan Condorelli y Ciampi, esto supone no sólo una actuación en conflicto con la propia decisión de remisión, sino también con el deber de llevar a cabo negociaciones de buena fe, cuyo origen se encuentra en la obligación mutuamente acordada entre la CPI y las Naciones Unidas⁹⁵⁰. Asimismo, tal y como expone Ruiz Verduzco, este apartado es contrario al propósito de ambas organizaciones, pues contradice la política que justifica las remisiones por el CS, que no es otra que dar respuesta a las exigencias de una mayor depuración de responsabilidades penales internacionales al tiempo que se elimina el elevado coste que supone la creación de nuevos tribunales *ad hoc*⁹⁵¹. El impacto negativo de esta medida en la CPI es enorme, restándole independencia y credibilidad ante la imposibilidad de hacer frente a los gastos derivados de las remisiones del CS⁹⁵².

Además de estas cuestiones que muestran la parcialidad y la falta de compromiso con la que hasta el momento el CS ha hecho uso de este mecanismo, el propio sistema de remisión también es cuestionado por cuanto no se emplea en otras situaciones que merecen la atención tanto del CS como de la CPI. Y es que las remisiones del CS responden a decisiones políticas adoptadas con el consentimiento o al menos tolerancia de los miembros permanentes con derecho a veto, tres de los cuales no sólo no son Estados parte en el ER sino que tienen un reducido interés en la CPI a menos que con la remisión sus intereses no se vean perjudicados.

⁹⁴⁸ La legalidad de esta exigencia es más que discutible en virtud del art. 115 b) del ER: “Los gastos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes, inclusive su Mesa y sus órganos subsidiarios, previstos en el presupuesto aprobado por la Asamblea de los Estados Partes, se sufragarán con cargo a:

a) Cuotas de los Estados Partes;

b) Fondos procedentes de las Naciones Unidas, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, en particular respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad.”

Asimismo, según el art. 13 del Acuerdo de relación entre la Corte y las Naciones Unidas, la decisión sobre la financiación es de la Asamblea General y no del Consejo de Seguridad. Sobre esta cuestión véase CRYER, Robert, “Sudan, Resolution 1593... *op. cit.*, pp. 206-207; SCHABAS, William A., *An introduction to...*, pp. 185-186.

⁹⁴⁹ Res. 1593 (2005), § 7; Res. 1970 (2011), § 8.

⁹⁵⁰ CONDORELLI, Luigi, CIAMPI, Annalisa, “Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, nº 3, 2005, p. 594.

⁹⁵¹ RUIZ VERDUZCO, Deborah, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁵² Para un análisis detallado de esta cuestión véase RUIZ VERDUZCO, Deborah, *op. cit.*, pp. 38-42.

En este sentido, no parece cuestionarse que los atroces crímenes cometidos tanto en Darfur como en Libia entraban dentro del ámbito competencial material de la Corte. No obstante, hay muchas otras situaciones en conflicto en las que las violaciones de derechos humanos también son masivas y sistemáticas, y que por el contrario, el CS no remite mediante este mecanismo. En la actualidad el ejemplo más claro es Siria, otro Estado que tampoco es parte en el ER y cuyos ciudadanos sufren la devastación de la guerra desde 2011. Aunque la comisión de crímenes internacionales por todas las partes en el conflicto es incuestionable, los responsables sólo podrían ser investigados y juzgados por la CPI si se le remitiera la situación en virtud del art. 13(b) del ER.

En este sentido, lo cierto es que ya ha habido intentos por parte de miembros de este órgano de sacar adelante una resolución en tal sentido. El 14 de enero de 2013 Suiza solicitó al CS que remitiera la situación en Siria a la CPI en nombre de más de cincuenta Estados parte, incluidos Francia y Reino Unido, ambos miembros permanentes de aquél⁹⁵³. El año siguiente Francia propuso en el CS una resolución de remisión al amparo del art. 13(b) del ER⁹⁵⁴. Tristemente, siguiendo las resoluciones de remisión anteriores, el texto de la propuesta contenía un párrafo que blindaba a ciertas categorías de individuos de la competencia del tribunal, e igualmente, se proponía cargar sobre la CPI el gasto que conllevase toda actuación en relación a esa remisión⁹⁵⁵. Asimismo, esta vez hubo una controversia añadida con respecto a las resoluciones anteriores que no fue mencionada durante el debate en el seno del CS. Se trata del primer párrafo de la resolución, que en opinión de Schabas⁹⁵⁶, excluía astutamente los Altos del Golán, territorio ocupado por Israel desde 1967 y que forma parte de la soberanía territorial de Siria⁹⁵⁷, con el fin de proteger a Israel de la CPI.

Trece Estados votaron a favor de la resolución pero la propuesta fracasó tras el veto de Rusia y China⁹⁵⁸. Tras la votación, la representación estadounidense se mostró crítica con el resultado, manifestando su desacuerdo con éste al considerar que la resolución debía haberse aprobado tal y como sucedió con los casos de Sudán y Libia, enteniendo que la situación siria

⁹⁵³ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 377.

⁹⁵⁴ UN Doc. S/2014/348.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, §s 7-8.

⁹⁵⁶ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 377.

⁹⁵⁷ UN Doc. S/RES/242 (1967).

⁹⁵⁸ <http://www.un.org/es/sc/meetings/records/2014.shtml> (última visita 18-05-17).

merecía la misma atención⁹⁵⁹. Sin embargo, Rusia defendió el ejercicio del veto esgrimiendo que la remisión de la situación libia a la CPI no había coadyuvado a la resolución de la crisis, sino que la había empeorado. Asimismo, señaló que la CPI no había contribuido a restaurar la justicia en ese país y que había evadido las cuestiones más urgentes, además de excluir de su alcance la muerte de civiles por bombardeos de la OTAN. Siguiendo esta línea, acusó a los Estados Unidos de presentar la CPI como una opción viable para la investigación y enjuiciamiento de nacionales de otros Estados al tiempo que este país rechaza ratificar el ER, señalando su insistencia en incluir la exención para sus ciudadanos en el borrador de la resolución⁹⁶⁰. Ambas posturas responden a la lógica de los intereses nacionales de cada uno de los Estados, una realidad inherente al proceso de remisión instaurado en el art. 13(b) del ER.

3.3. La suspensión del ejercicio de la competencia mediante el artículo 16 del Estatuto de Roma

Además de la facultad de activar la competencia de este tribunal, el CS cuenta con la facultad, como señala Bollo Arocena, menos digna, de paralizar una investigación o enjuiciamiento iniciado por la CPI⁹⁶¹. Así, el art. 16 del ER, que regula la ‘suspensión de la investigación o el enjuiciamiento’, dispone que “[e]n caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la CPI que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones”. Esta disposición confronta la tensión que pueda darse entre la CPI y el CS cuando el último considere que una investigación o enjuiciamiento ya en marcha ante aquélla supone un obstáculo para la paz. Dado que el núcleo esencial de las conductas que desde el principio se barajaban como susceptibles de ser competencia de la CPI se cometen frecuentemente en contextos de conflicto armado o de gran convulsión social, se trata de situaciones en las que la paz y seguridad internacionales se encuentran, al menos, muy quebradas.

⁹⁵⁹ UN Doc. S/PV.7180, p. 5.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁹⁶¹ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas” en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XX, 2004, p. 379.

En estos escenarios, corresponde al CS en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas la responsabilidad de adoptar las medidas oportunas para poner fin a esas situaciones. Así, la regla que determina a quién dotar de preferencia ante contextos de ese tipo es la que precisamente recoge el art. 16 del ER⁹⁶², asumiendo el planteamiento de que, ante ante la confrontación de dos valores como el de la paz y la justicia, la última debe ceder a la primera. Teniendo en cuenta que el Capítulo VII ya habilitaba al CS a proceder como considere en caso de amenaza a la paz y seguridad internacionales, cabe preguntarse si realmente era necesario introducir esta disposición en el tratado. Frente a quienes sostienen que el art. 16 del ER no otorgaba ninguna nueva prerrogativa al CS que no tuviera anteriormente⁹⁶³, consideramos más acertada la de quienes sostienen que, a pesar de considerar que el bloqueo a la CPI goza de encaje formal en la Carta, podría cuestionarse si sucede lo mismo respecto al encaje material, considerando que el propósito de la disposición no es otro que el de relegar a un segundo plano la depuración de responsabilidades penales en contextos de consecución de la paz, como si de un obstáculo la CPI se tratase⁹⁶⁴. Visto como una injerencia inaceptable sobre la independencia de la CPI o considerado como “una enorme concesión que se hizo a los Estados más opuestos a un tribunal fuerte”⁹⁶⁵, representa un compromiso sobre el que muchos Estados mostraron su descontento y al que gran parte de las ONGs y colectivos de derechos humanos mostraron su rechazo⁹⁶⁶.

Desde que este tribunal fuera constituido el art. 16 ha sido activado en dos ocasiones mediante dos resoluciones del CS. A comienzos de junio de 2002, poco antes de que el ER entrase en vigor, Estados Unidos anunció que, como miembro permanente, ejercería su derecho a veto sobre todas las misiones de paz futuras a menos que el CS pudiera invocar el art. 16 para blindar las misiones de Naciones Unidas del alcance de la CPI, amenaza que resultó en la adopción de la Resolución 1422. El texto dispone lo siguiente:

“Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,

1. *Pide*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y

⁹⁶² *Ibíd.*

⁹⁶³ ESCUDERO ESPINOSA, Juan F., *La Corte Penal y el Consejo de Seguridad: hacia la paz por la justicia*, Dilex, Madrid, 2004, p. 245.

⁹⁶⁴ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La adopción de las resoluciones 1422 (2002)... *op. cit.*”, p. 382.

⁹⁶⁵ GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2002, p. 37.

⁹⁶⁶ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 436.

aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario;

2. *Expresa* la intención de renovar en las mismas condiciones, el 1° de julio de cada año, la petición que se indica en el párrafo 1 para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario;

3. *Decide* que los Estados Miembros no tomarán ninguna medida que no esté en consonancia con el párrafo 1 y con sus obligaciones de carácter internacional.

4. *Decide* seguir ocupándose del asunto.”

El CS celebró una sesión en la que varios Estados no miembros en este órgano intervinieron para expresar su intensa oposición a la resolución. El Representante Permanente de Canadá señaló que la resolución desvirtuaba el art. 16 del ER y que los textos de la negociación del tratado dejaban claro que el recurso a esta disposición sólo podía hacerse caso por caso cuando una situación particular, como la dinámica de una negociación de paz, exige un aplazamiento o suspensión de doce meses⁹⁶⁷. La resolución no obstante fue adoptada por unanimidad y aunque expiraba al cabo de doce meses, fue renovada por un año más en 2003 mediante la Resolución 1487, aunque esta vez con doce votos a favor y las abstenciones de Francia, España y Siria⁹⁶⁸. Tras la publicación en 2004 de informes que apuntaban a la presunta comisión de torturas llevadas a cabo en prisiones de Irak y en Guantánamo, ese año Estados Unidos no solicitó una segunda renovación.

En ese contexto no cabe duda de que la adecuación de ambas resoluciones al art. 16 es más que dudosa, en primer lugar por no respetarse el requisito de la existencia de una investigación o enjuiciamiento ante la CPI⁹⁶⁹. En este sentido, dado que se adoptaron en abstracto y no sobre supuestos concretos, los textos estaban declarando ya de inicio la incompetencia de la CPI sobre una serie de asuntos⁹⁷⁰. Y en segundo lugar, porque estas resoluciones excluían de la competencia del tribunal a una categoría de personas definida en términos de ‘oficialidad’ por su pertenencia a cuerpos de Operaciones de Paz, sin respetar, por un lado, los nexos jurisdiccionales recogidos en el art. 12 del ER, y por otro, lo dispuesto en el

⁹⁶⁷ UN Doc. S/PV.4568, p. 4. De manera similar e incluso más contundente se expresó el Representante Permanente de Nueva Zelanda, p. 5.

⁹⁶⁸ UN Doc. S/RES/1483 (2003); UN Doc. S/PV.4772.

⁹⁶⁹ STAHN, Carsten, “The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)” en *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 1, 2003, pp. 85-104.

⁹⁷⁰ QUESADA ALCALÁ, Carmen, *op. cit.*, p. 300.

art. 27 relativo a la irrelevancia del cargo oficial. Consideradas un ‘fraude de ley’⁹⁷¹ o el resultado de una acción *ultra vires* del CS, su controvertida naturaleza es indiscutible⁹⁷².

En las resoluciones de remisión a la CPI de las situaciones de Sudán y Libia el CS incluyó una referencia explícita al art. 16 del ER en los apartados del preámbulo segundo y duodécimo respectivamente:

“Recalling article 16 of the Rome Statute under which no investigation or prosecution may be commenced or proceeded with by the International Criminal Court for a period of 12 months after a Security Council request to that effect;”

En estos casos en cambio, a diferencia de los dos antecedentes expuestos, la situación que eventualmente pudiera verse afectada por una investigación o enjuiciamiento estaba definida y por tanto esta cuestión no suscitó un gran debate, aunque pueda discutirse si su uso sería adecuado o no. Más recientemente, en el caso del borrador de resolución para la remisión de la situación siria a la CPI, no se incluía ninguna referencia a esta disposición⁹⁷³.

El art. 16 volvió a ser objeto de debate cuando Moreno-Ocampo, tras anunciar en 2008 que solicitaría la orden de arresto contra el presidente sudanés Al Bashir, la Unión Africana solicitó al CS que activara esta disposición y que paralizara el asunto ante la CPI. Aunque sólo logró que éste adoptara una resolución en la que exponía, entre otras cuestiones, que tomaba en consideración el asunto planteado por ésta⁹⁷⁴, como consecuencia de la inacción en el sentido solicitado, esta organización regional adoptó una resolución que disponía lo siguiente:

“DEEPLY REGRETS that the request by the African Union to the UN Security Council to defer the proceedings initiated against President Bashir of The Sudan in accordance with Article 16 of the Rome Statute of the ICC, has neither been heard nor acted upon, and in this regard, REITERATES ITS REQUEST to the UN Security Council;

⁹⁷¹ GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “La Corte Penal Internacional... *op. cit.*, p. 41.

⁹⁷² QUESADA ALCALÁ, Carmen, *op. cit.*, p. 301. Para un estudio exhaustivo de la cuestión véase BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La adopción de las resoluciones 1422 (2002)... *op. cit.*, pp. 389 y ss.

⁹⁷³ UN Doc. S/2014/348.

⁹⁷⁴ UN Doc. S/RES/1828: “Tomando nota del comunicado de la Unión Africana relativo a la 142^a reunión del Consejo de Paz y Seguridad, de fecha 21 de julio (S/2008/481, anexo), teniendo presentes las inquietudes planteadas por los miembros del Consejo respecto de lo que podría acontecer después de la solicitud presentada el 14 de julio de 2008 por el Fiscal de la Corte Penal Internacional, y tomando note de su intención de seguir examinando esos asuntos.”

DECIDES that in view of the fact that the request by the African Union has never been acted upon, the AU Member States shall not cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome Statute of the ICC relating to immunities, for the arrest and surrender of President Omar El Bashir of The Sudan;”⁹⁷⁵

Asimismo, comenzó a gestarse entre varios países africanos la idea de promover una reforma del art. 16 hasta que a finales de 2009 Sudáfrica presentó una propuesta a tal efecto que sin embargo no fue estudiada en la Conferencia de Revisión de 2010⁹⁷⁶. En noviembre de 2013 Ruanda propuso ante el CS una resolución en cuyo primer párrafo operativo solicitaba a la CPI suspender las investigaciones y enjuiciamientos contra el presidente Kenyatta y el vicepresidente Ruto de Kenia de conformidad con el art. 16 del ER. Esta resolución no salió adelante, y de hecho, que lo hiciera habría generado una gran inquietud, ya que es más que cuestionable que la imputación de estos altos cargos pudiera suspenderse mediante una resolución adoptada al amparo del Capítulo VII de la Carta entendiéndola como una amenaza a la paz y seguridad regionales o internacionales. Sin embargo, el representante ruandés recordó las circunstancias en las que fue invocado por vez primera este artículo, es decir, de la mano de Estados Unidos y de manera anticipatoria⁹⁷⁷ y se mostró muy crítico en la duodécima sesión de la AEP de la CPI⁹⁷⁸.

Lo cierto es que la CPI apenas ha tratado esta disposición y el único pronunciamiento formal lo encontramos en el informe sobre los ‘intereses de la justicia’ publicado en 2007 por la Fiscalía. En este documento, bajo el encabezado ‘proceso de paz’, Moreno-Ocampo hizo referencia a esta disposición en el marco general del ER, señalando este instrumento como prueba del papel que juega el CS respecto a la CPI⁹⁷⁹. Bajo esa fórmula, la Fiscalía parecía estar dando a entender que los intereses de la paz difieren de los intereses de la justicia, transmitiendo así la idea de que el esquema paz/justicia implica una responsabilidad dividida o compartida, con el CS responsabilizándose de la paz y la CPI de la justicia⁹⁸⁰. En opinión de Schabas, la inclusión del art. 16 en el ER parece confirmar que quienes redactaron el tratado

⁹⁷⁵ Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) Doc. Assembly/AU/13(XIII), §s 9-10.

⁹⁷⁶ ICC-ASP/8/20, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Conferencia de Revisión*, Anexo II, § 59: “Sudáfrica presentó la propuesta en nombre de los Estados Partes en el Estatuto de Roma que son también miembros de la Unión Africana. La propuesta consistía en una enmienda al artículo 16 del Estatuto de Roma a través de la inclusión de dos nuevos párrafos y planteaba la cuestión de si se transmitiría a la Conferencia de Revisión.”

⁹⁷⁷ UN Doc. S/PV. 7060, p. 11.

⁹⁷⁸ Statement by the Hon. Frederick Ruhindi, Deputy Attorney General/Minister of State for Justice and Constitutional Affairs of the Republic of Uganda on behalf of the African Union, at the 12th Assembly of States Parties to the Rome Statute of the ICC, 21 November 2013. Documento disponible en el siguiente enlace: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP12/GenDeba/ICC-ASP12-GenDeba-AU-Uganda-ENG.pdf

⁹⁷⁹ ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice*, 2007, p. 8.

⁹⁸⁰ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 441.

entendieron que se darían circunstancias en las que los imperativos políticos harían necesario retrasar la justicia, quizás incluso de manera indefinida, si bien señala que el foco del problema era, desde el principio, la legitimidad de un órgano político como es el CS de aplazar la actividad de la CPI, un órgano cuyas decisiones eran y son consideradas por muchos Estados como un ejercicio cínico de autoridad por las potencias⁹⁸¹. Su inclusión en el ER fue aceptado como parte de un compromiso desafortunado para acercar a los Estados más reacios a apoyar la creación de una jurisdicción internacional penal permanente⁹⁸² en un contexto de desafección e insatisfacción con la hegemonía del CS en el que un buen número de Estados hubieran preferido no dotar a éste de ningún poder.

En cualquier caso, lo cierto es que, dado que los precedentes no son ejemplo de una práctica realista y adecuada de esta disposición sino de todo lo contrario, aún persisten ciertos interrogantes respecto a su verdadera articulación. Por un lado, cabe preguntarse sobre los efectos de la suspensión en relación a la duración de la paralización. Si bien el CS puede detener por doce meses una investigación o enjuiciamiento ya iniciado ante la CPI mediante resolución adoptada al amparo del Capítulo VII y ésta puede ser renovada en las mismas condiciones, el art. 16 del ER no dispone ningún límite en lo que al número de renovaciones se refiere. La propuesta realizada por la delegación española en la Conferencia de Roma, que abogaba por una paralización máxima de veinticuatro meses⁹⁸³, no prosperó y la disposición quedó redactada sin límite alguno.

Sin embargo, pese a este vacío normativo este artículo no puede entenderse como un instrumento de bloqueo indefinido en el tiempo, ya que tal interpretación sería sin duda contraria al objeto y fin del tratado, aunque no es menos cierto que por el momento queda en manos del CS, y concretamente en la de los cinco Estados con derecho a veto, aclarar esta cuestión llegado el caso. Y es que de la misma manera que puede impedir que se haga un uso indebido del art.16 evitando la paralización definitiva de la CPI respecto de una causa, también puede, de nuevo, desvirtuar la disposición y hacer un uso indebido en beneficio de los intereses geopolíticos y geoestratégicos de unos pocos y en detrimento de los intereses que defiende el ER; un problema, por otra parte, inherente a la propia construcción del sistema de Naciones Unidas y al poder concedido a este órgano en la Carta de San Francisco.

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 442.

⁹⁸² BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La adopción de las resoluciones 1422 (2002)... *op. cit.*”, p. 381.

⁹⁸³ *Ibid.*, p. 388; GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “La Corte Penal Internacional... *op. cit.*”, p. 43.

Por otro lado, respecto al efecto que la suspensión tendría en la extensión de la misma, una vez finalizado el plazo de suspensión y por tanto reactivada la actividad de la CPI ésta podrá proceder a actuar, si el ER así lo permite, en relación a la investigación o caso que estaba en marcha cuando surtió efecto la paralización. Esto implica que, si bien durante ese período de vigencia de la resolución la CPI no puede actuar, nada en el art. 16 le impide abrir diligencias e investigar posibles crímenes de su competencia cometidos durante el tiempo en que la suspensión ha sido efectiva, es decir, de manera retroactiva. Una interpretación contraria supondría dotar al CS del poder de establecer un marco de impunidad durante el tiempo en el que la resolución sea válida, período en el que podría cometerse todo tipo de crimen internacional ya que quedaría posteriormente blindado de la competencia de la CPI. Entendemos que ésta no era la intención de los redactores del ER. En definitiva, supondría tolerar una clara manipulación de la CPI por parte del CS y por ende, de sus miembros permanentes.

No cabe duda de que una revisión de esta disposición, o incluso su reforma, habrían sido muy beneficiosas para dar respuesta a estas cuestiones y perfilar con más detalle su marco de aplicación. No obstante, la ausencia de enmiendas no impide hacer una lectura como la expuesta, que es ante todo, favorable a la depuración de responsabilidades y contraria a someter a la CPI a la voluntad de las potencias mundiales. No es menos cierto además que, si bien el art. 16 ha encendido un gran debate en el seno de la Unión Africana fomentando la hostilidad entre sus Estados miembros hacia la CPI, el origen del creciente rechazo africano se sitúa en el poder de remisión que el ER concede al CS, en las investigaciones que han derivado de la puesta en práctica de este mecanismo—y los hechos muestran que se han aceptado apartados de dudosa legalidad— y en la infrarrepresentación de los Estados africanos en el seno del CS, que en cierta medida ven cómo son otros los actores que deciden por ellos⁹⁸⁴.

Sección 4ª. La activación *motu proprio* por la Fiscalía

La tercera vía para activar la competencia de la CPI es la facultad de oficio o *motu proprio* de la Fiscalía establecida en los arts. 13(c) y 15 del ER. Este mecanismo, que no fue previsto

⁹⁸⁴ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, pp. 442-443.

por el citado texto definitivo aprobado en 1994 en el seno de la CDI, fue largamente discutido en el Comité Preparatorio, pues las posturas respecto a este poder de la Fiscalía eran controvertidas⁹⁸⁵. Países de gran peso en la esfera internacional como Estados Unidos, China o India eran contrarios a admitir esta facultad *ex officio* y los Estados más afines a la CPI y las ONGs eran más que favorables a esta inclusión, ya que éstos últimos opinaban que no atribuirle este poder podría poner en riesgo la imparcialidad del tribunal, quedando a merced de la voluntad política de los Estados y del CS⁹⁸⁶. Frente a este debate, los Estados acordaron admitir esta vía pero sujeta al control judicial de la instancia preliminar, de manera que como opina Ambos, “aunque esta intervención puede dar lugar a críticas desde una perspectiva procesal, la alternativa, esto es, un control político del Fiscal, por ejemplo, por el Consejo de Seguridad (y por tanto de los Estados Unidos), era un escenario mucho peor”⁹⁸⁷.

A pesar de que se esperaba que ésta fuera la vía de activación más utilizada por la Fiscalía y de que fuese a formar el eje central de su actividad, tal y como hemos visto este órgano dio preferencia a los mecanismos expuestos, esto es, favoreció las remisiones estatales y las del CS y no fue hasta pasados unos años de actividad cuando decidió invocar la autoridad que le otorga el art. 15 del ER. Aunque en septiembre de 2003 comunicara a la AEP que pensaba poner en marcha sus poderes *motu proprio* en relación al conflicto de la región de Ituri⁹⁸⁸, finalmente la autorremisión de la RDC le hizo cambiar de estrategia. Así, la primera activación vía art. 15 del ER la realizó en noviembre de 2009 en relación a la violencia poselectoral en Kenia; la segunda en junio de 2011 solicitando autorización judicial en relación a la violencia poselectoral en Costa de Marfil y la tercera en octubre de 2015, en relación a la investigación en Georgia.

Lo cierto es que como bien señala Schabas, la Fiscalía se ha mostrado cada vez más transparente a la hora de aportar información acerca de las situaciones en las que está

⁹⁸⁵ *Ídem.*, A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, 1 ed., pp. 315-316.

⁹⁸⁶ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, *Derecho Internacional Penal... op. cit.* pp.560-562; AMBOS, Kai, “Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y *Realpolitik*” en *Política Criminal*, n^o 4, 2007, p. 3; WOUTERS, Jan, VERHOEVEN, Sten, DEMEYERE, Bruno, “The International Criminal Court’s Office of the Prosecutor” en José Doria, Hans-Peter Gasser, Cherif M. Bassiouni, (Eds.), *The legal regime of the International Criminal Court... p.* 349.

⁹⁸⁷ AMBOS, Kai, “Enjuiciamiento de crímenes internacionales... *op. cit.*”, p. 3.

⁹⁸⁸ ‘Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court Report of the Prosecutor of the ICC, Mr Luis Moreno-Ocampo’, 08-09-03. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C073586C-7D46-4CBE-B901-0672908E8639/143656/LMO_20030908_En.pdf (última visita 18-05-17).

considerando abrir o no una investigación formal⁹⁸⁹. Actualmente el apartado ‘Investigaciones y casos’ recogido en el portal de internet de la CPI contiene dos listas. La primera corresponde a los exámenes preliminares, es decir, a aquellas situaciones sobre las que aún no se ha decidido si proceder o no a la apertura de una investigación, y la segunda corresponde a las situaciones bajo investigación, respecto a las que ya hay investigaciones y casos en marcha ante la CPI. Más de veinte Estados están siendo examinados por el tribunal, algunos de ellos Estados no parte en el ER, ya que como sabemos, la CPI no sólo puede ejercer la jurisdicción territorial, sino que también puede hacerlo en base al principio de personalidad activa. De esta manera su jurisdicción alcanza a Estados no parte cuyos nacionales hayan podido cometer crímenes de su competencia en territorio de un Estado parte, como es el caso de Rusia en relación a la situación en Georgia o previsiblemente Estados Unidos en relación a la situación en Afganistán. En este sentido, no puede negarse que “[N]ever before has international criminal justice had such extraordinary impact”⁹⁹⁰.

4.1. La apertura y clausura de exámenes preliminares

Antes de que la Fiscalía pueda solicitar la autorización judicial por la vía del art. 15 para abrir una investigación en una situación determinada, debe haber llevado a cabo un examen preliminar al respecto, siendo ésta la fase inicial y de carácter imperativo de toda actividad de este órgano. En este sentido, si bien el concepto de ‘examen preliminar’ únicamente lo recoge el art. 15(6) del ER en relación a los párrafos 1 y 2 de la misma disposición—lo que podría llevarnos a pensar que esta fase únicamente es necesaria en la vía *motu proprio* que estamos analizando—, como sabemos su apertura se lleva adelante sea cual sea el mecanismo de activación de la competencia de la CPI, incluyendo por tanto la que deriva de la remisión de Estados o del CS, tal y como dispone la Norma 25 de la Normativa de la Oficina de la Fiscalía⁹⁹¹. Se distingue por tanto de la fase de investigación posterior en el sentido de que

⁹⁸⁹ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 398.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 399.

⁹⁹¹ Regulations of the Office of the Prosecutor, Regulation 25:

“Initiation of preliminary examination

1. The preliminary examination and evaluation of a situation by the Office may be initiated on the basis of:
(a) any information on crimes, including information sent by individuals or groups, States, intergovernmental or non-governmental organisations;
(b) a referral from a State Party or the Security Council; or
(c) a declaration pursuant to article 12, paragraph 3 by a State which is not a Party to the Statute.

durante ésta la Fiscalía sólo analiza las comunicaciones recibidas respecto a posibles crímenes de su competencia o la información aportada por el Estado que haya remitido la situación o por el CS. En su Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2016, la Fiscalía señaló que “In the course of its preliminary examination activities, the Office seeks to contribute to two overarching goals of the Rome Statute, the ending of impunity, by encouraging genuine national proceedings, and the prevention of crimes, thereby potentially obviating the need for the Court’s intervention. Preliminary examination activities therefore constitute one of the most cost-effective ways for the Office to fulfil the Court’s mission”⁹⁹². Así pues, la atención y publicidad asociadas con esta etapa previa a la investigación puede de alguna manera promover procesos a nivel nacional, pues al verse reflejados en esa lista de exámenes preliminares de la Fiscalía, los Estados pueden sentirse presionados y abocados a probar la existencia de investigaciones y procesos serios y auténticos para evitar una futura intervención de la CPI, al igual que esa publicidad puede alentar a los Estados en los que se estén cometiendo crímenes similares a algunas de las situaciones objeto de examen preliminar a detenerlos y a dar comienzo a procesos nacionales con el fin de evitar verse implicados en un examen preliminar de la Fiscalía⁹⁹³.

Cuando se activa el art. 15 del ER, la Fiscalía puede iniciar una investigación preliminar basada en información que puede recibir de Estados parte o terceros, de órganos de Naciones Unidas, de ONGs y de organizaciones gubernamentales y de las propias víctimas—informaciones denominadas ‘comunicaciones’—en relación con la comisión de crímenes de su competencia, pero la investigación formal no comenzará hasta que la SCP haya dado su autorización. En cambio, cuando es un Estado o el CS quien remite una situación a la CPI, lo cierto es que el ER no obliga a la Fiscalía a distinguir entre la fase del examen preliminar y la investigación como tal. Sin embargo, con la intención hacer más claras sus actuaciones, en los últimos años la Oficina viene insistiendo en declarar formalmente la apertura del examen preliminar así como el inicio de una investigación en todos los casos, sea cual sea la vía de activación de su competencia⁹⁹⁴. En cierto sentido, esto puede entenderse como la afirmación por parte del Fiscalía de su discrecionalidad en cuanto a la decisión de abrir investigaciones y de la transparencia respecto al ejercicio de ésta. Comunmente se considera, aunque de forma

2. When a situation has been referred to the Prosecutor, he or she shall provide notice and other information to the Presidency in accordance with regulation 45 of the Regulations of the Court.”

⁹⁹² ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities (2016), §16.

⁹⁹³ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 399.

⁹⁹⁴ Report on Preliminary Examination Activities (2016), §§ 10, 14.

errónea, que cuando los Estados o el CS remiten situaciones la Fiscalía ésta debe abrir una investigación como si de remisiones vinculantes se tratara, cuando en realidad lo único que debe abrir la Fiscalía es un examen preliminar mediante el que decidirá si iniciar o no una investigación. En cualquier caso, a partir de la autorización judicial el procedimiento de investigación y de acusación que se sigue es el mismo que el empleado cuando la competencia la activa bien un Estado parte o bien el CS⁹⁹⁵.

En este sentido, la publicación de los informes periódicos sobre exámenes preliminares así como los informes publicados una vez finalizados éstos respecto de una situación, confirman que ciertamente la Fiscalía puede decidir no abrir una investigación si considera que no hay fundamento razonable para proceder conforme al art. 53(1) del ER, algo que ya ha sucedido en la práctica con la controvertida decisión de no abrir una investigación derivada de la remisión de las Comoras. Precisamente porque la Fiscalía no está obligada a abrir una investigación en el caso de recibir una remisión, en los últimos años su proceder está siendo el de informar periódicamente sobre el estado del examen preliminar que provenga de ésta. Durante del mandato de Moreno-Ocampo la CPI sólo recibió las remisiones estatales de Uganda, RDC y la República Centroafricana y en esos casos no ofreció informes sobre los exámenes preliminares previos al inicio de las investigaciones formales. Sin embargo, su sucesora decidió ofrecer esa información a partir de las siguientes remisiones, tal y como han demostrado los informes de Malí y de la Unión de las Comoras, en los que la Bensouda expuso un análisis detallado de su decisión conforme al art. 53(1) del ER. Como se ha señalado previamente, la última remisión estatal recibida, en este caso también una

⁹⁹⁵ Asimismo, la activación mediante cualquiera de los otros mecanismos opera de la misma manera, es decir, que el Fiscal, al recibir una remisión de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad, aplica el mismo test (art 53(1)(a) y así se recogió en *el 'Annex to the "Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor": Referrals and Communications'*. En este sentido véase: SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary ... op. cit.*, p. 321; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 165; OLASOLO, Héctor, *Essays on International Criminal Justice*, Hart, Oxford, 2012, p. 28. En cambio autores como Ohlin cuestionan la discrecionalidad de la Fiscalía cuando se trata de situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, entendiendo que en estos casos ésta únicamente puede cuestionar el inicio de un enjuiciamiento, pero no de una investigación. Al hilo de la remisión de la situation en Darfur: "The Prosecutor's decision was entirely consistent with Article 53 of the Rome Statute, and in particular his authority to make a determination about the suitability of an investigation by "taking into account the gravity of the crime and the interests of victims," and his authority to reject an investigation if "there are nonetheless substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice." However, I argue in the rest of this chapter that in cases of Security Council referrals, such prosecutorial discretion is inconsistent with basic principles of international law and the proper role of the Security Council.", OHLIN, Jens Davis, "Peace, Security, and Prosecutorial Discretion" en Carsten Stahn, Göran Sluiter, (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 189. Cabe resaltar que la práctica de la Fiscalía en este sentido no ha sido cuestionada en el seno del Consejo, por lo que la primera postura parece, a nuestro juicio, más acertada.

autorremisión, ha sido la de Gabón y su análisis aún se encuentra en fase preliminar, aunque se espera que llegado el momento la Fiscalía siga la línea marcada y haga público un informe similar a los anteriores sobre la procedencia o no de una investigación.

En cuanto al procedimiento seguido en los exámenes preliminares iniciados *motu proprio*, cabe decir que el contenido del análisis que realiza la Fiscalía no difiere de aquél que hace tras una remisión estatal o del CS para decidir si abrir una investigación, es decir, el *modus operandi* es el mismo con todas las vías de activación⁹⁹⁶, pero sí varía el último paso, ya que en el caso del ejercicio *motu proprio* los jueces deben autorizar la apertura de la investigación. Así, en virtud del art. 53(1) del ER, una vez recibidas las comunicaciones, el procedimiento se desarrolla en cuatro fases. En primer lugar la Fiscalía debe comprobar la veracidad de la información e iniciar un examen preliminar únicamente cuando los crímenes alegados parezcan ser de competencia de la CPI⁹⁹⁷, mientras que, como hemos adelantado, en el caso de las remisiones tanto estatales como del CS, la apertura de un examen preliminar es automática, aunque esto no implique que abrir una investigación posteriormente también lo sea. En la segunda fase del proceso, que formalmente da comienzo al examen preliminar, se comprueba que se cumplan las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la CPI y que haya fundamento razonable para creer los crímenes en cuestión son de su competencia. La tercera fase implica valorar la admisibilidad de casos potenciales aplicando los criterios de complementriedad y gravedad, y la cuarta y última fase requiere valorar si la investigación y los posibles procesos penales serían favorables o contrarios al interés de la justicia⁹⁹⁸.

Si tras este análisis la Fiscalía estimase que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, según lo dispuesto en el art. 15(3), solicitará la mencionada autorización a la SCP facilitándole a ésta toda la información de que disponga. El estándar o criterio de valoración aplicable a esta fase—la existencia de fundamento suficiente para abrir una

⁹⁹⁶ Así viene confirmándolo la Fiscalía en los últimos informes sobre exámenes preliminares: “Como exige el Estatuto, las actividades de examen preliminar se realizarán de la misma manera independientemente de si la Fiscalía recibe una remisión de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad, o si actúa sobre la base de información acerca de crímenes obtenida con arreglo al artículo 15”. Véanse los Informes sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2011-2016.

⁹⁹⁷ Un análisis general de la seriedad de la información recibida sirve a la Fiscalía para descartar rápidamente las comunicaciones frívolas y desinformadas. No obstante, según lo dispuesto en la Regla 104(1) de Procedimiento y Prueba, nada indica que la Fiscalía no deba realizar este análisis sobre la seriedad y veracidad de la información en el caso de las remisiones.

⁹⁹⁸ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares 2013, §s 77-84.

investigación—es el más bajo de los recogidos en el ER y por lo tanto la Fiscalía no tiene la obligación de presentar ni material exhaustivo ni alegaciones concluyentes a los jueces, ya que aún no ha iniciado una investigación propiamente dicha que le permita disponer de material probatorio sólido.

Al hilo de esta cuestión cabe preguntarse si la fase de examen preliminar se desarrolla al margen de todo control judicial o si por el contrario los jueces pueden de alguna manera presionar y supervisar a la Fiscalía para que concluya su examen preliminar en un plazo determinado de tiempo⁹⁹⁹. Lo cierto es que, tal y como señala en su ‘Documento de política general sobre exámenes preliminares’ de 2013, “no existe disposición alguna, ni en el Estatuto ni en las Reglas, que establezca un plazo determinado para la terminación de un examen preliminar. Esa deliberada decisión de los redactores del Estatuto asegura que el análisis se adapte a las características específicas de cada situación en particular, que pueden comprender, entre otros aspectos, la disponibilidad de información, la naturaleza, escala y frecuencia de los crímenes y la existencia de respuestas nacionales respecto de los crímenes alegados”¹⁰⁰⁰. De hecho, de entre los exámenes preliminares que se encuentran abiertos *motu proprio* en estos momentos, algunos como los concernientes a Colombia o Afganistán llevan en esta fase prácticamente desde que la CPI comenzara a funcionar¹⁰⁰¹.

En cuanto a la clausura de exámenes preliminares, ésta puede darse sea cual sea la vía de activación de la competencia de la CPI, es decir, afecta tanto a los exámenes preliminares abiertos *motu proprio* como a los iniciados tras una remisión. Hasta 2014 no se sabía con certeza cómo resolvería la Fiscalía la decisión de no proceder al inicio de una investigación en el caso de una remisión estatal, pero la práctica con el caso de las Comoras indica que los exámenes preliminares quedarían cerrados aunque el instrumento de remisión, así como la información aportada al efecto, permanezcan en los archivos de la CPI a la espera de poder

⁹⁹⁹ La única excepción a esta regla la encontramos en el intento de la SCP en 2006 en el contexto de la situación en la República Centroafricana, en la que la SCP, tras la queja del Estado por la demora en la apertura de una investigación, urgía a la Fiscalía a informar sobre el estado de la análisis preliminar y a adoptar una decisión en el marco del art 53. Véase *Situation in the Central African Republic*, “Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic”, PTC III, 30-11-06, p. 3.

¹⁰⁰⁰ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, 2013, § 89.

¹⁰⁰¹ Para observar en qué situación se encuentran los exámenes preliminares accédase al siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/pages/preliminary-examinations.aspx> (última visita 18-05-17).

ser reconsiderados tras recibir posibles nuevas informaciones¹⁰⁰². Poco difiere por lo tanto este resultado del que se da en el caso de la clausura de exámenes preliminares iniciados *motu proprio*, tal y como ya ha sucedido con los exámenes en Venezuela, Irak, Corea del Sur y Honduras. Según lo dispuesto en el art. 15(6) del ER, si la Fiscalía llegara a la conclusión de que no hay fundamento razonable para abrir una investigación, debe informar a quienes proporcionaron la información. Asimismo, las RPP disponen que “el Fiscal se asegurará con prontitud de que se informe de las decisiones adoptadas con arreglo al párrafo 6 del artículo 15, junto con las razones a que obedecen, de manera que se evite todo peligro para la seguridad, el bienestar y la intimidad de quienes le hayan suministrado información con arreglo a los párrafos 1 y 2 del art. 15 o para la integridad de las investigaciones o actuaciones”¹⁰⁰³. De manera similar, la Norma 28(2) de las Normas de la Oficina de la Fiscalía disponen que puede optar por hacer pública la decisión adoptada bajo el art. 15(6) de no abrir una investigación.

Lo cierto es que hasta la fecha la actuación de la Fiscalía en lo que a la clausura de exámenes preliminares se refiere puede considerarse transparente, pues a cada decisión de clausura ha acompañado un informe con arreglo a lo dispuesto en el art. 15(6) del ER. En algunos casos la decisión se ha basado en la falta de competencia material de la CPI para proceder a una investigación, es decir, en el art. 5 del ER, como ha sucedido con Venezuela, con la República de Corea o con Honduras, en relación a las cuales la Fiscalía determinó que la información recibida no permitía concluir que se habían cometido crímenes de su competencia. Sin embargo, en el caso de Irak, el examen preliminar fue cerrado por motivos de inadmisibilidad, ya que Moreno-Ocampo consideró que no se satisfacía el umbral de gravedad. Nueva información sobre la presunta responsabilidad de soldados británicos por la comisión de crímenes de guerra que implican el abuso sistemático de los detenidos en Irak desde 2003 hasta 2008 hicieron a la Fiscalía reabrir este examen preliminar en 2014.

¹⁰⁰² ICC-OTP, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report, 06-11-14, § 151.

¹⁰⁰³ Regla 49 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4.2. La ausencia de criterios unificados sobre la supervisión y autorización judicial

La inclusión de un régimen procesal que dotaba a la Fiscalía del poder para iniciar investigaciones ex officio fue una de las cuestiones más controvertidas en el proceso de negociación del tratado. Esta propuesta tuvo una fuerte oposición en el grupo de trabajo de la CDI ya que entendían que la comunidad internacional no estaba preparada para dar carta blanca a una Fiscalía internacional. Entonces se consideraba que la investigación y enjuiciamiento de crímenes recogidos en el tratado no debían llevarse adelante sin el apoyo de un Estado parte o del CS, no al menos dada la fase de desarrollo del sistema legal internacional de la época¹⁰⁰⁴. Sin embargo, con la propuesta realizada por Alemania y Argentina en 1998 de establecer un mecanismo de control judicial sobre el poder de la Fiscalía para iniciar investigaciones *motu proprio*, esta vía de activación aumentó sus apoyos entre los Estados y fue esencial para la adopción del texto actual del art. 15 del ER¹⁰⁰⁵.

Hasta la actualidad la autorización judicial se ha concedido en todas aquellas ocasiones en las que ha sido solicitada, a saber, en la situación en Kenia, en Costa de Marfil y en Georgia. No obstante, la aplicación del art. 15(4) del ER ha sido objeto de debate en los tres casos, pues ninguna de las decisiones de autorización ha sido adoptada por unanimidad. Así pues, como veremos, el alcance del poder de revisión judicial es aún discutido, distinguiéndose entre quienes entienden que el control o supervisión debe ser moderado de quienes consideran que, precisamente siendo la función de los jueces la de evitar la politización y abuso de la Fiscalía en su ejercicio de discrecionalidad, esta revisión o puesta en práctica del art. 15(4) del ER debe implicar una mayor atención y análisis por parte de los jueces. Precisamente en esta última cuestión todos los jueces parecen estar de acuerdo, es decir, no se cuestiona que el objeto de la revisión y autorización judicial es evitar la politización de la CPI y un ejercicio abusivo de la discrecionalidad de la Fiscalía. Sin embargo, considerando que la a letra del tratado es escueta y generalista en cuanto a lo que implica realmente ese poder de revisión de

¹⁰⁰⁴ *Yearbook of the International Law Commission* (1994), Vol. II, Part Two, commentary on art. 25, p. 46.

¹⁰⁰⁵ La propuesta presentada por Alemania y Argentina. Article 46, Information Submitted to the Prosecutor, UN Doc. A/AC.249/1998/WG.4/DP.35 (1998). Véase también Véase SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2 ed., Oxford, 2016, p. 405, “their proposal was an attempt to appease some delegations, and notably the United States, which were opposed in principle to a proprio motu prosecutor. Germany and Argentina argued that with proper judicial oversight any undisciplined prosecutor could be tamed. But both Germany and Argentina, as well as the many States that welcomed the proposal, might well have been happier had there been no judicial oversight at all.”

los jueces a la hora de autorizar o no una investigación, lo que aún no se ha determinado es bajo qué parámetros debe realizarse ese proceso de revisión y con qué alcance.

En el caso de Kenia, el 31 de marzo de 2010 la SCP autorizó a la Fiscalía a investigar las violaciones de derechos humanos, identificados como crímenes contra la humanidad, cometidas tras las elecciones presidenciales del 27 de diciembre de 2007¹⁰⁰⁶. En dos meses alrededor de 1200 keniatas fueron asesinados, alrededor de 3561 personas resultaron heridas, aproximadamente 350.000 fueron desplazadas y se dio un gran número de violaciones y otros crímenes de carácter sexual¹⁰⁰⁷. El ex secretario general de Naciones Unidas, Kofi Annan, lideró un grupo de mediación de la Unión Africana para establecer un acuerdo de poder compartido entre las partes que puso fin a las hostilidades, constituyéndose un gobierno en coalición formado por el presidente titular Mwai Kibaki, acusado de haber manipulado los resultados electorales y el primer ministro Raila Odinga¹⁰⁰⁸. Tras el rechazo de Kenia al establecimiento de un tribunal *ad hoc* por falta de quórum en el parlamento, Kofi Annan transmitió a la Fiscalía de la CPI la lista de sospechosos, poco después de que oficiales del gobierno solicitaran en La Haya el establecimiento de un tribunal especial u otros mecanismos domésticos o la remisión de la situación a la CPI¹⁰⁰⁹. El exfiscal solicitó la citada autorización en noviembre de 2009 debido a la inacción de las autoridades keniatas y ésta fue concedida en marzo de 2010. El caso *Ruto y Sang*, así como el caso *Kenyatta*¹⁰¹⁰ iniciados todos ellos por Moreno-Ocampo, no han prosperado y actualmente la Fiscalía desarrolla el caso *Barasa* de un lado, y el caso *Gicheru y Bett* de otro.

Sin embargo, la decisión de la SCP II de autorizar la investigación en Kenia, la primera en accionar el art. 15(4) del ER y en introducir una opinión contraria en la jurisprudencia de la CPI, puso de relieve las complejidades que presenta este mecanismo de activación en la práctica. La mayoría apuntó a la naturaleza única del art. 15, que implica que en esta fase el estándar de valoración debe construirse y aplicarse atendiendo al objetivo subyacente del

¹⁰⁰⁶ *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”, PTC II, 31-03-2010.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, §s 131, 190.

¹⁰⁰⁸ JALLOH, Charles Chernor, “Situation in the Republic of Kenya” en *American Journal of International Law*, vol. 105, nº 3, 2011, p. 541.

¹⁰⁰⁹ ICC Press Release, ICC Prosecutor receives Sealed Envelope from Kofi Annan on Post-Election Violence in Kenya (09-07-2009); ICC Press Release Kenyan High-Level Delegation meets ICC Prosecutor (03-07-2009).

¹⁰¹⁰ ICC-OTP, 5 December 2014: withdrawal of the charges against Mr. Kenyatta <http://icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1879204.pdf> (última visita 18-05-17).

procedimiento previsto en el art. 15(4) del ER, que es precisamente el de prevenir que la CPI proceda con investigaciones injustificadas, frívolas y políticamente motivadas que pudieran minar la credibilidad del tribunal¹⁰¹¹. Asimismo, expuso que su tarea en esta fase consiste en revisar la conclusión de la Fiscalía mediante el examen de la información disponible, incluyendo su solicitud, el material y documentación justificativos, así como la representación de las víctimas, a lo que colectivamente llamó ‘información disponible’¹⁰¹². En cuanto al estándar aplicable, la mayoría expuso que carece de sentido disociar los arts. 15(3) y 53(1) del art. 15(4) del ER, es decir, que el análisis realizado por la Fiscalía previa solicitud y el realizado por los jueces *a posteriori* en relación a determinar si existe o no fundamento razonable para abrir una investigación debe realizarse siguiendo el mismo estándar¹⁰¹³.

El juez Kaul en cambio adoptó una postura contraria a la mayoría. Su opinión se fundamentó principalmente en que el material aportado por la Fiscalía no probaba suficientemente la posible comisión de los crímenes recogidos en el acta de acusación, ya que a su entender no satisfacían los criterios de los crímenes contra la humanidad del art. 7(1) del ER y por tanto la CPI no era competente para investigar la violencia poselectoral acontecida en Kenia. Sin embargo, a pesar de ser esa su principal razón para oponerse a la investigación, en relación al art. 15(4) del ER el juez apuntó que, pese a coincidir con la mayoría en que el umbral aplicable a esta disposición es bastante bajo, consideraba que esto no eximía a la Sala del deber de adoptar una decisión completa, auténtica y sustantiva respecto a la existencia de un fundamento razonable para creer que se han cometido crímenes de la competencia de la CPI mediante un análisis exhaustivo¹⁰¹⁴. En este sentido, el juez exigía cautela contra evaluaciones demasiado generosas o rápidas mediante las cuales cualquier información, incluso fragmentaria, pudiera satisfacer el estándar por el simple hecho de que éste deba ser bajo, cuestión que le llevó a preguntarse cuán bajo es en realidad el estándar recogido en el art. 15 del ER¹⁰¹⁵. Asimismo, expuso que el hecho de que la Sala no realice este tipo de análisis en el caso de las remisiones de Estados parte o del CS es precisamente lo que

¹⁰¹¹ *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”, PTC II, 31-03-2010, § 32.

¹⁰¹² *Ibid.*, § 20.

¹⁰¹³ *Ibid.*, § 21-22: “the fact that the drafters finally avoided using different language (such as “sufficient basis to proceed”) and the current texts of articles 15(3) and (4) and 53(1) of the Statute instead use the same wording, “reasonable basis to proceed”, confirm that this is one and the same standard.”

¹⁰¹⁴ *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”, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul, PTC II, 31-03-10, § 14.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, § 15.

diferencia las remisiones de la elección deliberada de los Estados de someter el ejercicio de la competencia *motu proprio* a control judicial. Por lo tanto, dado que la decisión de la Fiscalía de proceder o no queda en última instancia en manos de la SCP, Kaul señaló que la decisión de ésta con arreglo al art. 15(4) del ER no puede ser de naturaleza meramente administrativa o procesal sino que requiere un análisis sustancial y auténtico de la solicitud de la Fiscalía, ya que cualquier otra interpretación “would turn the Pre-Trial Chamber into a mere rubber-stamping instance”¹⁰¹⁶.

En el caso de Costa de Marfil, que se analizará con más detalle en el siguiente apartado por tratarse de una investigación iniciada *motu proprio* conforme al art. 12(3) del ER, es decir, tras la aceptación de la competencia por parte de este país cuando era un Estado no parte, se dio curiosamente la situación opuesta. En este caso, en la opinión separada y parcialmente contraria de la jueza Fernández de Gurmendi ésta consideró que la mayoría había excedido su función de revisión recogida en el art. 15 del ER. En este sentido, señaló que en la fase final de la Conferencia de Roma había una creciente preocupación respecto al riesgo de que la Fiscalía abusara de su poder y que por tanto era necesario algún mecanismo de control para prevenir decisiones arbitrarias así como para ayudar a ésta a protegerse de la presión exterior, lo que desembocó en la citada propuesta alemana y argentina de establecer el mecanismo de control judicial¹⁰¹⁷. No obstante, si bien convino con lo el juez Kaul en que la revisión judicial no puede suponer una copia del análisis preliminar realizado por la Fiscalía, expuso que “by virtue of the limited purpose of the procedure under Article 15 of the Statute (...), as well as the distinct mandates and competences of the Chamber and the Prosecutor respectively, the examination to be undertaken by the Chamber, in exercising its supervisory role, is solely a review of the request and material presented by the Prosecutor. During such review, the Chamber's application of the "reasonable basis" standard should be guided by the underlying purpose of providing a judicial safeguard against frivolous or politically-motivated charges”¹⁰¹⁸.

Así pues, entendió que el procedimiento de revisión de sus compañeros había excedido los límites estatutarios reservados a este fin, pero no tanto por rigidez o intransigencia para con la

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, § 19.

¹⁰¹⁷ *Situation in the Republic of Cote d'Ivoire*, “Corrigendum to ‘Judge Fernandez de Gurmendi's separate and partially dissenting opinion to the 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’”, PTC III, 05-10-11, § 8.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, § 16.

Fiscalía, sino porque entendió que en su análisis éstos fueron más allá, invadiendo la discrecionalidad y competencia investigadoras exclusivas de la Fiscalía. En opinión de la jueza la SCP sólo está autorizada a revisar las conclusiones de la Fiscalía tal y como se recogen en la solicitud con el fin de confirmar, en primer lugar, que la declaración de los hechos es precisa, y en segundo lugar, que el razonamiento jurídico aplicado para determinar si hay fundamento suficiente como para creer que los hechos pueden constituir crímenes de la competencia de la CPI y que los casos serían admisibles, es correcta a la luz de los textos legales y de la jurisprudencia de la CPI¹⁰¹⁹. La jueza concluyó así que al analizar el material presentado por la Fiscalía la mayoría había sobrepasado sus funciones judiciales subrayando elementos del material presentado para establecer hechos, comportamientos adicionales y extrayendo nuevas conclusiones sobre la responsabilidad penal¹⁰²⁰. En este sentido, identificar otras conductas subyacentes de crímenes de guerra no presentadas por la Fiscalía y concluir que en vista del material aportado hay fundamento razonable para creer que otros hechos no mencionados por la Fiscalía pueden haber sido cometidos, puede ser en efecto un enfoque excesivo e incluso invasivo en términos de competencia. Los jueces deben ceñirse a los hechos y conductas alegadas por la Fiscalía, de manera que en este caso consideramos legítima la postura adoptada por la jueza argentina.

Finalmente, en cuanto a la investigación en Georgia, debido al conflicto armado que tuvo lugar a comienzos de agosto de 2008 entre las fuerzas rusas y georgianas, la Fiscalía de la CPI abrió un examen preliminar ese mismo mes para analizar la información recibida acerca de la posible comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en la región de Osetia del Sur. Tras siete años de examen preliminar, en octubre de 2015 solicitó la autorización judicial para iniciar una investigación sobre los crímenes cometidos en esa región y sus alrededores entre el 1 de julio y el 10 de octubre de 2008¹⁰²¹ y ésta fue concedida mediante la decisión de la SCP I el 27 de enero de 2016¹⁰²². La investigación se centra en la limpieza étnica llevada a cabo contra población georgiana por parte de las fuerzas de Osetia

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, §§ 18-20.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, §§ 38-40: "For instance, under the heading 'Other underlying acts not presented by the Prosecutor', incidents of torture and inhumane treatment were identified through a search of the material accompanying the request. This led to the conclusion in paragraph 86 that, on the basis of such material, "the Chamber is satisfied that there is a reasonable basis to believe that torture and other inhumane acts were committed by pro-Gbagbo forces during the period of post-election violence from 28 November 2010 onwards."

¹⁰²¹ *Situation in Georgia*, "Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15", PTC I, 13-10-15.

¹⁰²² *Situation in Georgia*, "Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation", PTC I, 27-01-16.

del Sur, así como en el ataque por parte de fuerzas georgianas a una base rusa de una operación de mantenimiento de la paz. Tras casi dos meses de enfrentamientos fronterizos entre Georgia y la región de Osetia del Sur, Georgia lanzó una ofensiva militar en la región durante los primeros días de agosto de 2008 que trajo la intervención de Rusia contra Georgia. A pesar del alto el fuego del 12 de agosto, negociado por la presidencia francesa de la UE, la comisión de crímenes continuó. Rusia completó la retirada de sus tropas el 8 de octubre y reconoció a Osetia del Sur, así como a Abjasia, como Estados independientes. La intervención rusa en el conflicto de Osetia del Sur convierte a éste en internacional, siendo el primer conflicto de esta índole al que se enfrenta la CPI en la etapa de investigación.

Con Georgia bajo el foco de la Fiscalía se abre un escenario novedoso, ya que, de un lado, se trata de la primera investigación abierta fuera del continente africano y, de otro, es también la primera vez que la Fiscalía, haciendo uso de su competencia bajo el art. 15, implica a un Estado no parte en el ER de gran relevancia internacional como Rusia, miembro permanente en el CS. Tal y como sucedió en Kenia, la Fiscalía se propone investigar *ab initio* a las dos partes en el conflicto, lo que como veremos plantea varios interrogantes. Por un lado cabe pensar si esta acción por parte de la CPI se asienta en la pretensión de mejorar su imagen ante numerosos gobiernos africanos que denuncian la parcialidad del tribunal y la califican como un instrumento de imperialismo occidental. Ciertamente, como sabemos, hasta este momento todas las investigaciones y los casos surgidos de éstas se habían centrado en Estados africanos—si bien en su mayoría fueron éstos quienes solicitaron la intervención de la CPI—, lo que ha llevado a Estados que inicialmente la han apoyado a reconsiderar su relación con la CPI, como es el caso de Sudáfrica¹⁰²³. No obstante, consideramos que esas alegaciones carecen de fundamento y en este sentido compartimos la opinión de juristas como Whiting o Kersten, que advierten que resulta poco realista pensar que el motivo para investigar los crímenes en Georgia tenga como motivación subyacente mejorar esa imagen ante ciertos Estados africanos, pues en tal caso, además de ser algo que podría haber hecho tiempo atrás, una estrategia procesal que simplemente trate de responder a críticas exteriores, en gran medida motivadas políticamente, está abocada al fracaso¹⁰²⁴.

¹⁰²³ KERSTEN, Mark, “Sudan, South Africa and the future of the International Criminal Court in Africa” en *Justice in Conflict* publicado el 14-10-15. Disponible en: <https://justiceinconflict.org/2015/10/14/sudan-south-africa-and-the-future-of-the-international-criminal-court-in-africa/> (última visita 18-05-17).

¹⁰²⁴ KERSTEN, Mark, “Why is the International Criminal Court stepping out of Africa and into Georgia?” en *Justice in Conflict* publicado el 06-02-16. Disponible en: <https://justiceinconflict.org/2016/02/06/why-is-the-international-criminal-court-stepping-out-of-africa-and-into-georgia/> (última visita 18-05-17); WHITING, Alex,

El motivo responde más bien a la necesidad por parte de la Fiscalía de dar un paso respecto a la situación de Georgia tras siete años bajo examen preliminar dado que no se ha podido determinar la existencia de procesos judiciales nacionales que abarquen la investigación de los hechos señalados por la oficina de Bensouda. Cabría preguntarse por qué Georgia, viéndose incapaz o impedida para llevar adelante procesos nacionales, no remitió la situación a la CPI siguiendo el proceder de varios Estados africanos. La respuesta podría ser que probablemente este país ha sido consciente durante todos estos años de que muy posiblemente los crímenes cometidos por el Estado contra miembros de operaciones de paz rusas tendrían cabida en la investigación en caso de hacer tal remisión, algo que no interesa al gobierno. Ante este escenario, una investigación *motu proprio* era la única vía de la que disponía la CPI para depurar responsabilidades.

Una vez más, la decisión de la SCP I de autorización de la investigación tampoco fue adoptada por unanimidad, siendo de nuevo protagonista del desacuerdo el art. 15(4) del ER. Al igual que sucedió con la decisión de Costa de Marfil, los tres jueces de la SCP consideraron que debía autorizarse la investigación pero difirieron en el procedimiento, señal inequívoca de que aún no hay uniformidad interpretativa al respecto entre los jueces. En este caso, la mayoría, formada por los jueces Aluoch y Tarfusser, señaló que el examen que realice la Sala sobre la solicitud de la Fiscalía debe de ser estrictamente limitado, teniendo en cuenta que el objeto del proceso bajo dicha disposición es ejercer el control judicial sobre el poder de la Fiscalía cuando no hay ni remisión de un Estado parte ni del CS, esto es, que su único propósito es prevenir el abuso de poder¹⁰²⁵. El juez Kovács en cambio, mediante voto particular concurrente, afirmó que la SCP debe examinar de manera más exhaustiva la solicitud de la Fiscalía, es decir, que el papel de los jueces en esta fase no debe limitarse a hacer una mera valoración marginal *prima facie*. En este sentido, expresó que un rol supervisor de carácter limitado por parte de la SCP no sirve para prevenir el abuso de la Fiscalía y señaló que esa restricción a la que se refiere la mayoría es una limitación autoimpuesta, puesto que no tiene una base jurídica en el ER¹⁰²⁶. Además, apuntó que la seriedad y exhaustividad del examen judicial no puede depender, como afirman sus

“The significant firsts of an ICC investigation in Georgia” en *Just Security*, publicado el 14-10-15. Disponible en: <https://www.justsecurity.org/26817/icc-investigation-georgia/> (última visita 18-05-17).

¹⁰²⁵ *Situation in Georgia*, “Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation”, PTC I, 27-01-16, § 3.

¹⁰²⁶ *Situation in Georgia*, “Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation”, Separate Opinion of Judge Péter Kovács, PTC I, 27-01-16, §§ 4-5.

compañeros, de la fase de los procedimientos¹⁰²⁷. Lo cierto es que las decisiones adoptadas por la mayoría de la SCP II y la SCP III que autorizaron las investigaciones en Kenia y en Costa de Marfil respectivamente fueron bastante más exhaustivas que ésta en el análisis de la solicitud de la Fiscalía y el material probatorio remitido. El juez Kovács se alineó por tanto con la posición que mantuvo el juez Kaul respecto a la autorización de la investigación en Kenia, alejándose así de un enfoque menos intrusivo y abogando por un control judicial más exhaustivo.

De las diversas opiniones judiciales mostradas podemos deducir que el desacuerdo entre los jueces respecto al alcance del poder de revisión recogido en el art. 15(4) no es trivial sino esencial. Como expone Schabas, si las SCPs han interpretado el propósito de la revisión judicial como el mecanismo para evitar la politización del tribunal, lo cierto es que en sus análisis no han sido capaces de identificar ese problema, puesto que éstos básicamente han consistido en revisiones muy técnicas de la competencia y admisibilidad, muy similares al análisis que emprenden cuando la Fiscalía les solicita una orden de arresto¹⁰²⁸. Así pues, más allá de admitir que la razón de ser del art. 15(4) del ER es la de prevenir la politización, el desarrollo práctico de esta disposición poco parece tener que ver con esa cuestión. La pregunta es si podrían haberlo hecho o haber procedido de otro modo teniendo en cuenta que se trata de una fase inicial donde ni siquiera hay una parte adversaria definida aún aparte de los representantes de las víctimas y considerando que en efecto los jueces querían que la investigación prosperara¹⁰²⁹.

En este sentido, aunque ningún juez se ha opuesto a la autorización judicial en estos términos¹⁰³⁰, el criterio a seguir por las SCPs a la hora de evaluar la solicitud e información presentados por la Fiscalía continúa siendo indeterminado y difuso. Los jueces no cuentan con directrices que les indiquen cuándo o bajo qué situaciones una investigación podría estar politizada o injustificada, por lo que la subjetividad necesariamente interviene en estos casos.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, § 11: “Being at the early stage of the proceedings does not justify a marginal assessment. It just means that the assessment should be carried out against a low procedural standard (“reasonable basis to proceed”) and a low evidentiary standard (“reasonable basis to believe”) on the basis of the request, the available material and the victims’ representations. Still such an assessment should be carried out thoroughly and the decision should demonstrate the thoroughness of the assessment conducted by the Chamber.”

¹⁰²⁸ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 406.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ Recordemos que la razón principal del juez Kaul para su voto contrario no fue una incorrecta aplicación del art. 15 sino la falta de competencia de la CPI.

Llegar a una conclusión así quizás obligaría a los jueces a comparar esa situación que propone investigar la Fiscalía con otras que se han iniciado de la mano de remisiones y por tanto sin necesidad de autorización. De la práctica concluimos que si bien durante el proceso de negociación bastó incluir este mecanismo de control judicial como alivio frente a quienes se mostraban reticentes, lo cierto es que su puesta en práctica ha generado controversia entre los jueces por tratarse de una disposición ambigua. A la luz de las diferencias de opinión entre los puede afirmarse que los redactores no reflexionaron demasiado respecto al contenido y procedimiento del examen, ni respecto a las dificultades interpretativas que esta disposición podría generar. Sin embargo, a pesar de las diferentes posturas al respecto en la actualidad, no cabe duda de que con el tiempo y con nuevas ocasiones de aplicación, el art. 15(4) del ER irá adoptando forma y dotándose progresivamente de criterios más objetivos y uniformes.

Sección 5ª. La aceptación de la competencia de los Estados no parte

Como norma general, el ER se aplica a los Estados parte que voluntariamente hayan ratificado el ER. No obstante, éste también puede ser aplicado a Estados no parte que hayan aceptado su competencia mediante una declaración remitida conforme al art. 12(3) del ER, que dispone lo siguiente:

“Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.”

En virtud de esta disposición, la CPI puede conocer de una situación determinada en el territorio de un Estado no parte con el aval de éste, sin que para él ello suponga formar parte de la organización¹⁰³¹. Hasta la fecha han sido varios los Estados que han hecho uso de este mecanismo para dotar a la CPI de competencia, bien antes o después de ratificar el tratado o manteniendo su condición de Estado no parte¹⁰³², lo cual, como veremos, es indicador del

¹⁰³¹ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary...op. cit.*, pp. 277-292; WILLIAMS, Sarah A., SCHABAS, William A., “Article 12. Preconditions to the exercise of jurisdiction” en Otto Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute... op. cit.*, pp. 547-562.

¹⁰³² Como veremos en las próximas páginas, entre los Estados que han empleado este artículo y forman parte de la CPI se encuentran Uganda, Costa de Marfil y Palestina, el primero lo empleó siendo ya un Estado parte y los dos últimos ratificaron el ER posteriormente. Ucrania por ahora sigue siendo un Estado no parte en el ER y el caso de la declaración de Egipto no ha prosperado.

gran abanico de posibilidades que ofrece esta disposición¹⁰³³. Los casos más conocidos en cuanto al empleo de este mecanismo han sido los de Costa de Marfil, Palestina y Ucrania, pero no podemos perder de vista otros como el de Uganda o Egipto, ya que éstos últimos han aportado un desarrollo valioso en cuanto al ámbito de aplicación y alcance de las declaraciones remitidas al amparo del art. 12(3) del ER.

Como bien explican Stahn, El Zeidy y Olásolo, el principal efecto de remitir una declaración de este tipo no es otro que el de extender la competencia personal, temporal y territorial de la CPI al tiempo que el Estado cede parte de su soberanía jurisdiccional¹⁰³⁴. En este sentido, se trata de un mecanismo en el que de alguna manera confluyen características de las tres vías de activación, ya que además de ser un Estado ajeno al ER el que voluntariamente se somete a la CPI, el ejercicio de la competencia derivada de estos casos se rige por el art. 15 del ER, como si del ejercicio *motu proprio* de la Fiscalía se tratase, tal y como viene demostrando la práctica y como ya hemos adelantado al analizar la solicitud de autorización en el caso de Costa de Marfil.

No obstante, se diferencia de las vías de activación de la competencia anteriormente expuestas en que una declaración bajo el 12(3) no activa *per se* la competencia, sino que dota a la CPI de la posibilidad de ejercerla respecto a situaciones que escaparían de su alcance jurisdiccional a falta de dicha declaración, motivo por el cual no se recoge en el apartado dedicado al ejercicio de la competencia (arts. 13, 14 y 15 del ER), sino en el llamado ‘Condiciones previas para el ejercicio de la competencia’. Esto significa que, de conformidad con el art. 15(2) o la Regla 104 de las RPP, tras recibir una declaración de estas características, como parte de su política de exámenes preliminares la Fiscalía abre un examen preliminar de la situación que se trate con el fin de determinar si proceder o no con una investigación, pero no está obligada a ello¹⁰³⁵. En caso de estimar que ésta debe iniciarse, solicitará la autorización de la SCP, es decir, el procedimiento a seguir es el recogido en el art. 15 del ER, de forma que funciona de la misma manera que las situaciones abiertas de oficio

¹⁰³³ Para un estudio exhaustivo de la puesta en práctica del art 12(3) del ER en la doctrina española véase BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12(3) del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...) en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 31, junio 2016 pp. 1-34.

¹⁰³⁴ STAHN, Carsten, EL ZEIDY, Mohamed M., OLASOLO, Héctor, “The International Criminal’s Court ad hoc jurisdiction revisited” en *American Journal of International Law*, vol. 9, nº 2, 2005, p. 423.

¹⁰³⁵ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, 01-11-13, § 76.

por la Fiscalía. Lo que distingue a ambas únicamente es el paso previo a la activación de la competencia, ya que en este caso en lugar de comunicaciones, lo que la Fiscalía recibe es una declaración estatal de aceptación de la competencia a la que sigue un examen preliminar.

Sin embargo, como apuntan estos mismos autores, aunque las investigaciones derivadas del art. 12(3) se rijan por el procedimiento del art. 15 del ER, lo cierto es no encajan a la perfección en el esquema competencial previsto en los arts. 12(2), 13(c) y 15 del ER, ya que la redacción del tratado resulta un tanto ambigua. Según lo dispuesto en el art. 12(2) del ER: “En el caso de los apartados (a) o (c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3 (...)”. Por su parte el art. 13(c) advierte que “la Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: (c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

En este sentido algunos juristas señalan que una lectura conjunta de ambos artículos puede llevarnos a concluir que para que la CPI pueda ejercer su competencia en el caso del art. 12(3), la Fiscalía ha debido iniciar previamente un examen preliminar conforme al art. 15¹⁰³⁶: “L’acceptation présuppose, pour qu’elle ait quelque effet, soit que le procureur ait ouvert une enquête, en application de l’article 15 du Statut, soit qu’une situation ait été déférée par un Etat partie, comme le permet l’article 14. En ce sens, la déclaration de l’article 12-3 doit intervenir pour lever l’obstacle juridique à l’établissement de la compétence de la Cour”¹⁰³⁷. En términos similares, Bollo Arocena apunta que nada impide que la Fiscalía haya abierto una investigación preliminar de oficio “incluso antes de haberse garantizado la competencia para

¹⁰³⁶ Recordemos en este sentido que la Fiscalía puede iniciar una investigación *motu proprio* conforme al art 15, pero para poder dar curso a una investigación formal la SCP debe dar su autorización. Por este motivo el lenguaje del ER puede ser confuso en este punto, ya que antes de solicitar esta autorización judicial, lo que la Fiscalía abre es más bien un examen preliminar en la situación en cuestión y no una investigación. Esto no sucede cuando es el CS o un Estado parte el remitente, pues en estos casos la apertura de una investigación no depende de la autorización de los jueces.

¹⁰³⁷ HAUPAIS, Nicolas, “Article 12. Conditions préalables à l’exercice de la compétence” en Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A. Pedone, Paris, 2012, p. 594. Véase también SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, op.cit., p. 289: “Both the language in articles 12 and 13 and the drafting history of the provisions suggest that what was really contemplated under article 12(3) was consent to jurisdiction by a non-party State once an investigation had already been initiated by the Prosecutor”; WILLIAMS, Sharon A., SCHABAS, William A., op. cit., p.559; STAHN, Carsten, EL ZEIDY, Mohamed M., OLASOLO, Héctor, op. cit., p.425.

conocer de la situación—esto es, una investigación previa al consentimiento del Estado territorial o del Estado de nacionalidad del autor—, desde el mismo instante en que por la vía que fuere tiene conocimiento de que puedan haberse cometido crímenes de la competencia de la Corte”¹⁰³⁸. De acuerdo con esta autora, esta lectura es perfectamente compatible con la letra del art. 12(3) al entender que ‘si la aceptación de un Estado que no sea parte en el presente Estatuto fuera necesaria de conformidad con el artículo 2’ dicho Estado puede remitir la declaración para que la CPI sea competente.

Además, señala que incluso la Regla 44 de las RPP reconoce esta posibilidad de manera implícita en su primer párrafo cuando dispone que “El Secretario, a solicitud del Fiscal, podrá preguntar a un Estado que no sea Parte en el Estatuto o que se haya hecho Parte en él después de su entrada en vigor, con carácter confidencial, si se propone hacer la declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12”¹⁰³⁹. De acuerdo con esta autora por tanto, de la lectura lógica de ambas disposiciones puede deducirse que si la Fiscalía puede solicitar a través de la Secretaría que se pregunte a un Estado si va a formular una declaración “es porque sabe que su consentimiento es necesario para poder ejercer la jurisdicción y una de las razones por las que lo puede saber es porque esté realizando indagaciones o exámenes a nivel interno antes de solicitar la autorización de la SCP”¹⁰⁴⁰, interpretación que a nuestro juicio encaja con la lectura conjunta de las disposiciones.

Sin embargo, hay quienes consideran que aun no descartando que puedan darse estas circunstancias, resulta poco probable que el requisito de haber una indagación o examen interno de la situación ya en marcha se dé en aquellos casos en los que la Fiscalía pretende concentrarse directamente o exclusivamente en una situación que tenga lugar en el territorio de un Estado no parte en el ER, pues entienden que “it is difficult to see how the prosecutor

¹⁰³⁸ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional... *op. cit.*, p. 26.

¹⁰³⁹ Regla 44 de las RPP,

Declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12.

1. El Secretario, a solicitud del Fiscal, podrá preguntar a un Estado que no sea Parte en el Estatuto o que se haya hecho Parte en él después de su entrada en vigor, con carácter confidencial, si se propone hacer la declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12.

2. Cuando un Estado presente al Secretario, o le comunique su intención de presentarle, una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 o cuando el Secretario actúe conforme a lo dispuesto en la subregla 1, el Secretario informará al Estado en cuestión de que la declaración hecha con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 tiene como consecuencia la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5 a que corresponda la situación y serán aplicables las disposiciones de la Parte IX, así como las reglas correspondientes a esa Parte que se refieran a los Estados parte.

¹⁰⁴⁰ *Ibíd.*

could take investigative steps with regard to a situation in a state not party to the Statute before that state has accepted the Court's jurisdiction. Logically, the Court lacks jurisdiction until the state not party to the Statute lodges a declaration accepting the jurisdiction of the Court. It is thus contradictory to assume that the prosecutor must have initiated an investigation before the Court may formally assume jurisdiction”¹⁰⁴¹.

No obstante, a pesar de no estimar incorrecta esta última afirmación, no consideramos que sea ilógica ni tan improbable la lectura anterior, ya que, si bien es indiscutible que obtener información en el territorio de un Estado no parte es más complicado porque nada obliga al Estado en cuestión a cooperar con la CPI en la medida en que no haya una investigación formal abierta, nada impide tampoco a la Fiscalía establecer y mantener cauces informativos con diversas fuentes, tanto de dentro como de fuera de las fronteras del país en cuestión. Esto supone que la Fiscalía, al menor indicio de posibles crímenes de su competencia en un Estado ajeno al ER, puede poner en marcha sus recursos por iniciativa propia y realizar una valoración inicial de la información recibida para decidir si solicitar o no al Estado su aceptación de la competencia mediante una declaración bajo el art. 12(3), que será necesaria para que, llegado el caso, pueda solicitar la autorización judicial que le permita abrir una investigación formal. Sin embargo, en la práctica esta cuestión no ha generado polémica, ya que los Estados no parte que han remitido una declaración de este tipo lo han hecho voluntariamente sin que la CPI interviniera previamente solicitando su aceptación.

Antes de adentrarnos en las investigaciones que se han abierto a raíz del uso de este mecanismo, conviene señalar siquiera brevemente la única declaración de aceptación de la competencia remitida conforme al art. 12(3) que hasta la fecha no ha sido aceptada *ab initio*. Se trata de la declaración presentada por Mohamed Morsi, expresidente egipcio, el 13 de diciembre de 2013 solicitando a la CPI que investigara los presuntos crímenes contra la humanidad cometidos en este país a partir del 1 de junio de 2013. Como es sabido, Morsi fue derrocado por el golpe de Estado del 3 de julio de 2013, de manera que ya no era el presidente cuando remitió la declaración. En su lugar había un gobierno *de facto*, gobierno que, en opinión de la CPI, debía aceptar o asumir la declaración remitida por Morsi para que ésta fuera considerada válida. La declaración se presentó junto con una denuncia confidencial que contenía anexos con pruebas de los crímenes alegados y la correspondiente argumentación

¹⁰⁴¹ STAHN, Carsten, EL ZEIDY, Mohamed M., OLASOLO, Héctor, *op. cit.*, pp. 425-426.

jurídica¹⁰⁴². No obstante, como cabía esperar, las autoridades egipcias no reconocieron dicha declaración y en abril de 2014 la Fiscalía comunicó que no procedería a la apertura de un examen preliminar sobre los hechos acontecidos desde el golpe de Estado porque la declaración no había sido emitida por la persona con plenos poderes para representar al Estado egipcio a los efectos de someterse a este tribunal conforme al art. 12(3) del ER¹⁰⁴³. En este sentido, Bollo Arocena señala que si bien Morsi empleó el argumento de la legitimidad democrática para denunciar el golpe en cuanto a que la declaración procedía del gobierno democráticamente elegido, cabe cuestionar si “de no haber sido derrocado y haber permanecido en el gobierno se hubiera emitido tal declaración en nombre de Egipto, y en ese sentido quizás la Corte rechazó la declaración por tratarse de un intento de manipulación de la misma”¹⁰⁴⁴.

Ciertamente no es de interés de la CPI involucrarse en cuestiones de carácter tan político y tan politizadas como es la legitimación democrática del gobierno de un Estado cuando las opciones de ejercer la jurisdicción son, como en este caso, a todas luces nulas, ya que lo contrario sólo supondría perder tiempo, recursos y legitimidad. Con este precedente no parece probable que vaya a actuar de otra manera en situaciones similares en las que la autoridad del remitente es cuestionada. Dadas las circunstancias la Fiscalía difícilmente podría haber llegado a una conclusión diferente, ya que no puede obviarse que el gobierno presidido por Mansour tras el golpe fue reconocido por la comunidad internacional. La única vía para que la CPI pueda ser competente para investigar dichos acontecimientos será la ratificación del ER

¹⁰⁴² Véase *The situation in the Arab Republic of Egypt*, “Public Document with Confidential Annexes 1 and 2 (available to all parties) Request for review of the Prosecutor’s decision of 23 April 2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar’s Decision of 25 April 2014”, The Presidency and the President of the Pre-Trial Division, 23-05-14.

¹⁰⁴³ ICC Press Release, *The determination of the Office of the Prosecutor on the communication received in relation to Egypt*, nota de prensa publicada el 8 de mayo de 2014:

<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1003> (última visita 18-05-17).

Respecto al poder de decisión para declarar inválida una declaración remitida bajo el 12(3) la SCP II ya ha manifestado que esta tarea corresponde a la Fiscalía y no a la Secretaría, teniendo ésta última un mero papel administrativo en el proceso. Véase *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Decision on the 'Request for review of the Prosecutor's decision of 23 April 2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's Decision of 25 April 2014', PTC II, 12 September 2014, § 10: “the Chamber wishes to point out that the role of the Registrar in relation to declarations lodged under article 12(3) of the Statute is merely administrative. This is clear from the language of rule 44(2) of the Rules which mandates the Registrar to receive declarations lodged under article 12(3) of the Statute and to inform the relevant “State” lodging it of the “consequence” of accepting the jurisdiction of the Court. Beyond that, the Registrar has no power to make a legal or judicial ruling upon receipt of any declaration.”

¹⁰⁴⁴ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional... *op. cit.*, p. 11.

por parte de Egipto o una nueva declaración por las autoridades nacionales competentes. En definitiva, la CPI rechazó implicarse, correctamente a nuestro entender, por cuestionar la autoridad o el gobierno remitente y no por otras cuestiones de mayor calado como veremos respecto al caso palestino, cuya autoridad o la legitimidad gubernamental no era lo que se cuestionaba, sino la propia su estatalidad¹⁰⁴⁵, asunto diferente por tanto de la que ocupó a la Fiscalía en relación a Egipto o a cualquier otra de las situaciones remitidas hasta la actualidad al amparo del art. 12(3) del ER.

5.1. Alcance material, temporal y subjetivo del artículo 12(3)

Respecto al contenido u objeto de estas declaraciones, el art. 12(3) dispone que “(...) dicho Estado podrá (...), consentir en que la Corte ejerza su competencia *respecto del crimen de que se trate...*”¹⁰⁴⁶. De estas palabras podría deduirse que el ER permite al Estado que emplea este mecanismo seleccionar los crímenes respecto de los cuales acepta la competencia de la CPI, “en una especie de *opting in*”¹⁰⁴⁷. Sin embargo, la Regla 44(2) vino a establecer y aclarar que “la declaración hecha con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 tiene como consecuencia la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5 a que corresponda la *situación*”. De no ser por esta última disposición, una lectura literal del art. 12(3) podría llevarnos a pensar que un Estado no parte puede remitir un crimen específico de la competencia de la Corte¹⁰⁴⁸. En este sentido, como explica Bassiouni:

“While there is no doubt that only a ‘situation’ can be referred to the ICC Prosecutor by the Security Council or a state party, there is a material error in Article 12(3), which deals with acceptance of ICC jurisdiction by a non-state party of the ‘crime in question’. The term ‘crime’ seems to have been inadvertently used by the unofficial drafters of this provision rather than the term ‘situation’ which was used with respect to referrals by the Security Council or a state party. The intention was to have a non-

¹⁰⁴⁵ Sin embargo, cabe señalar la prontitud con la que la Fiscalía respondió a la declaración de Morsi pues sólo transcurrieron cuatro meses entre su emisión y la respuesta, a diferencia de la declaración palestina de 2009, cuya resolución no se dio a conocer hasta pasados tres años. Esta cuestión sin duda es señal de mejora y eficacia por parte de la Fiscalía actual, si bien es cierto que el caso de Palestina es algo mucho más complejo y que proablemente difícilmente hubiera podido ser dirimido en tan breve período de tiempo.

¹⁰⁴⁶ La cursiva es nuestra.

¹⁰⁴⁷ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional... *op. cit.*”, p. 16.

¹⁰⁴⁸ “La formulation retenue dans l’article 12 vise la possibilité de renvoyer un ‘crime’, donc un cas très ponctuel, très strictement délimité par l’Etat lui-même: il peut être défini par référence à une situation, par principe relativement englobante, mais rien n’exclut, si l’on s’en tient à une lecture littérale, qu’il le soit par référence à une victime ou des victimes particulières, voire par le nom supposé du ou des auteurs des infractions ou du groupe ou de l’organisation qui les a commis. Or, cette ponctualité ouvre la possibilité de stratégies particulièrement retorses” en HAUPAIS, Nicolas, *op. cit.*, pp. 595-596.

state party refer a ‘situation’ that gives rise to ‘a crime within the jurisdiction of the court’. It is not believed that this material error in Article 12(3) will create the risk of interpreting that provision in a manner inconsistent with what is stated above”¹⁰⁴⁹.

El objeto de la investigación será por tanto cualquier crimen que pueda haberse cometido en la situación de crisis remitida, es decir, no podrá limitarse materialmente a la CPI mediante este mecanismo¹⁰⁵⁰. No obstante, aunque como veremos a continuación, si bien la práctica de la CPI hasta ahora sigue este camino, lo cierto es que esta cuestión no es del todo clara, y en este sentido compartimos la reflexión que hace Goldsmith respecto a la posible falta de cooperación que podría darse por parte del Estado remitente en el caso de que éste no estuviera cómodo con la dirección que toman las investigaciones de la Fiscalía puesto que: “this vague provision does not, as many have stated, guarantee that Article 12(3) parties will consent to jurisdiction for all crimes related to the consent. But even if it did, the Iraqs of the world could consent under Article 12(3) and simply not show up. Rule 44(3) [sic] improves the anomaly of Article 12(3), but does not fix it”¹⁰⁵¹. En este sentido señalamos que el problema de la cooperación, o más bien de la falta de cooperación de los Estados, está latente en cualquier situación abierta ante la Corte, tanto en las remitidas por los propios Estados parte mediante autorremisiones o en las abiertas al amparo de esta disposición, ya que la obligación de cooperar es la misma en ambos casos. Por esta razón, aunque es cierto que puede haber motivaciones políticas detrás del uso del art. 12(3) por parte de algunos Estados, consideramos que se trata de una preocupación que no debe sobrevalorarse porque no difiere demasiado de la situación a la que puede enfrentarse la CPI incluso con los Estados parte. Dicho de otra manera, los intentos de manipular a la CPI o de utilizarla de forma oportunista pueden provenir tanto de dentro de la institución, es decir, de los propios Estados parte, como de terceros Estados.

En lo que al ámbito temporal se refiere, veremos como en los casos llegados al tribunal mediante esta vía no ha habido un criterio definido ni uniforme y que ésta, en definitiva, ha mantenido hasta la fecha una postura flexible en este sentido. Dado que el art. 12(3) no

¹⁰⁴⁹ BASSIOUNI, Cherif M., *Introduction to international criminal law*, 2 ed., Martinus Nijhoff, Leiden, 2013, p. 681.

¹⁰⁵⁰ Al igual que tampoco puede limitarse el alcance personal de la CPI mediante la remisión, tal y como se puso de manifiesto tras la remisión hecha por Uganda respecto a la que Moreno-Ocampo se vio obligado a manifestar que la investigación en aquella situación abarcaría todas las partes implicadas y no únicamente los miembros del ELR como pretendía el gobierno.

¹⁰⁵¹ GOLDSMITH, Jack, “The Self-Defeating International Criminal Court” en *University of Chicago Law Review*, vol. 70, n° 1, 2003, p. 92, nota al pie 11. Nótese que donde el autor por error menciona la Regla 44(3) quería decir 44(2).

estipula ningún límite temporal respecto a las declaraciones, ha sido la propia práctica la que ha dado comienzo a este desarrollo. Como es lógico, el único límite temporal inamovible es la fecha de la entrada en vigor del propio tratado, esto es, el 1 de julio de 2002. No obstante, desde que iniciara su andadura, la CPI se ha visto inmersa en varias declaraciones con límites muy diferentes entre sí. Así, veremos como en la práctica el art. 12(3) ha sido empleado tanto por terceros Estados que posteriormente se han adherido al ER, como por Estados que, ya siendo parte, han remitido una declaración para extender la jurisdicción de la CPI a hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del ER respecto a ellos, así como por Estados que continúan vinculados al ER pero sin ratificarlo. Dentro de la primera categoría encontramos los casos de Costa de Marfil y Palestina, ambos Estados parte en la actualidad pero que hicieron uso del art. 12(3) antes de ratificar el ER con el objeto de dotar a la CPI de competencia retroactivamente.

La segunda categoría la ejemplifica el caso de Uganda, Estado parte para el que el ER entró en vigor el 1 de septiembre de 2002 y que además de remitir la situación de su propio territorio en 2003 mediante una autorremisión, presentó también una declaración de aceptación de la competencia para que el período entre la entrada en vigor general del ER y la entrada en vigor del tratado para el país quedara cubierto¹⁰⁵². Se trató por lo tanto de una declaración con efectos retroactivos y de alcance temporal limitado a dos meses. Sin embargo, ningún órgano de la CPI ha cuestionado hasta la fecha el proceder de Uganda en este sentido, es decir, no se cuestionó ni la retroactividad de la declaración ni el hecho de que el remitente ya fuera un Estado parte. De hecho, podría deducirse esta posibilidad de la lectura del art. 11(2) del ER que dispone lo siguiente: “Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.” Esta disposición no concreta cuándo ha de hacerse dicha declaración, es decir, si debe de haberse hecho antes o después de ratificar el ER. No obstante, de la lectura conjunta de esta disposición y la Regla 44 podría concluirse que en efecto el tratado avala la posibilidad de remitir una declaración bajo el 12(3) tanto antes como después de ratificar el ER¹⁰⁵³, posibilidad que como decimos, no ha planteado controversias en la CPI

¹⁰⁵² Véase http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc271808_01.pdf (última visita 18-05-17).

¹⁰⁵³ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación... *op. cit.*, pp. 14-16.

al hilo de la declaración de Uganda de 2004. Por último tenemos el conflicto en Ucrania, un Estado no parte que ha remitido dos declaraciones al amparo del art. 12(3) y que por el momento no ha ratificado el ER. Se trata además de declaraciones que, al menos formalmente, limitan la competencia de la CPI tanto material, temporal como subjetivamente, cuestión ésta que sí ha dado pie a un cierto debate doctrinal.

Respecto al alcance subjetivo de estas declaraciones, éste abarca toda persona presuntamente responsable de haber cometido algún crimen de la competencia de la CPI en el Estado que acepta someterse al tribunal. De esta manera, al remitir una declaración bajo el art. 12(3) del ER los Estados no pueden vincular ni someter su aceptación de la competencia a un grupo de personas determinado, ya que la Fiscalía puede imputar a cuanta persona que considere susceptible de haber cometido crímenes en el territorio de ese Estado. Ucrania lo intentó, y de hecho señaló en su declaración a un grupo de particulares de nacionalidad rusa como el foco sobre el que la CPI debería centrar su investigación, aunque en la práctica no sean vinculantes para el tribunal. Haya o no intención de manipular a la CPI y someterla así a los intereses gubernamentales, el hecho de señalar a quienes el Estado remitente considera culpables no tiene o no debería tener ninguna trascendencia en la práctica si la CPI desarrolla su mandato con imparcialidad.

Progresivamente la experiencia va resolviendo cuestiones o interrogantes que hasta hace poco tiempo no tenían respuesta, como por ejemplo, si es posible remitir declaraciones para dotar al tribunal de competencia temporal retroactiva, esto es, para poder hacerla competente respecto a la investigación bien de hechos ocurridos con anterioridad a la formulación de la declaración en el caso de terceros Estados o de hechos sucedidos antes de la entrada en vigor del ER para los Estados parte¹⁰⁵⁴, así como la posibilidad de que el Estado remitente delimite,

¹⁰⁵⁴ “The ICC does not have complete jurisdiction over the crimes listed in article 5 after its Statute comes into force with respect to States that ratify or accede or otherwise accept to be bound after that date. Its temporal jurisdiction for such a State Party begins after the entry into force for the State. The exception to this is where pursuant to article 12 paragraph (...) that non party State has made a declaration, with the Registrar of the Court accepting the jurisdiction of the Court with respect to the ‘crime’ in question. Arguably, this restriction is inappropriate because once a State becomes a Party there is no legal problem in extending back in time the jurisdiction of the ICC where the crimes are universally condemned. (...) However, as article 11 para. 1 is so restricted in time, it seems consistent in the circumstances to have a similar stipulation in paragraph 2, to encourage acceptance by States.”, en WILLIAMS, Sharon A., “Article 11, jurisdiction *ratione temporis*” en Triffterer, Otto (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, 2 ed, Oxford, 2008, p. 544; “States which ratify the Statute after its entry into force may nevertheless stipulate, in accordance with Article 11.2, that they accept the jurisdiction of the Court for crimes committed before their ratification but after the entry into force of the Statute. (...) It appears that this declaration may be made at any time from the

como ha hecho el gobierno de Ucrania, el ámbito temporal, material y subjetivo de la CPI mediante la declaración sin que la validez de ésta sea impugnada¹⁰⁵⁵.

5.1.1. Las declaraciones de Costa de Marfil: límites temporales y posterior ratificación

Costa de Marfil fue el primer Estado en remitir una declaración conforme al art. 12(3) del ER y no ratificó el tratado hasta el 15 de febrero de 2013. El 18 de abril de 2003 el gobierno entonces presidido por Laurent Gbagbo remitió una declaración mediante la que aceptaba la competencia de la CPI conforme al art. 12(3) del ER para que investigara, identificara y juzgara a los responsables de los crímenes cometidos en su territorio desde el 19 de septiembre de 2002 y por un período de tiempo indeterminado, donde además reflejaba su voluntad de cooperar plenamente con la CPI en virtud de la Parte IX del Estatuto¹⁰⁵⁶. La Fiscalía abrió un examen preliminar tras recibir dicha declaración.

El 14 de diciembre de 2010 el entonces y actual presidente Alassane Ouattara envió otra declaración confirmando la remitida en 2003¹⁰⁵⁷ y unos meses después, concretamente el 3 de mayo de 2011, a la luz de la violencia poselectoral ocurrida entre octubre y noviembre de 2010, volvió a confirmar la jurisdicción de la CPI sobre la base del art. 12(3) aunque estas dos últimas declaraciones se refieren a crímenes cometidos en 2004 y 2010 respectivamente. El 23 de junio de 2011 Moreno-Ocampo, en base al art. 15 del ER, solicitó la autorización judicial a la SCP III para comenzar una investigación en relación a la violencia poselectoral que tuvo lugar desde el 28 de noviembre de 2010. En la decisión que autorizaba la apertura de la investigación¹⁰⁵⁸, la Sala determinó que las últimas declaraciones bajo el art. 12(3) no

entry into force of the Statute for the State.” BOURGON, Stéphane, “Jurisdiction *ratione temporis*” en Antonio Cassese, Paola Gaeta, John Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 551.

¹⁰⁵⁵ En lo que concierne a la práctica del art 12(3), Ucrania ha sido el único caso en el que se ha limitado el período de competencia temporal: desde el 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014.

¹⁰⁵⁶ ICC, Déclaration de reconnaissance de la Compétence de la Cour Pénale Internationale, 18-04-03, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/CBE1F16B-5712-4452-87E7-4FDDE5DD70D9/279779/ICDE.pdf> (última visita 18-05-17).

¹⁰⁵⁷ <http://icc-cpi.int/NR/rdonlyres/498E8FEB-7A72-4005-A209-C14BA374804F/0/ReconCPI.pdf> (última visita 18-05-17).

¹⁰⁵⁸ *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Côte d'Ivoire”, PTC III, 03-10-2011, §s 14-15.

restringen o sustituyen el ámbito temporal de la declaración inicial de 2003 y que no eran necesarias, porque según la mayoría, la CPI era competente para investigar y juzgar los hechos ocurridos desde el 19 de septiembre de 2002 en adelante, es decir, desde la fecha marcada en esa primera declaración, y precisó además—tal y como se ha comentado previamente—que la aceptación de la jurisdicción de la CPI mediante este mecanismo no puede limitarse a uno o varios de los crímenes del ER, sino que la CPI tiene competencia para investigar cualquier crimen recogido en el art. 5¹⁰⁵⁹. La autorización fue concedida en primer lugar respecto a los crímenes de la competencia de la CPI cometidos desde el 28 de noviembre de 2010 en adelante y en segundo lugar respecto a cualquier crimen continuado que se cometa en el futuro “insofar as the contextual elements of the continuing crimes are the same as for those committed prior to 23 June 2011”¹⁰⁶⁰, siendo la primera vez que se empleó el término de crímenes continuados en la CPI. En cuanto al período cubierto por la investigación, la mayoría¹⁰⁶¹ concluyó que aunque había información sobre crímenes presuntamente cometidos con anterioridad al 28 de noviembre de 2010, la solicitud del exfiscal no hacía referencia a incidentes específicos que hubieran podido ocurrir antes de esa fecha y gran parte de las pruebas entregadas se centraban en la crisis poselectoral más reciente¹⁰⁶².

La opinión separada y parcialmente discrepante de la jueza Fernández de Gurmendi por su parte¹⁰⁶³ aborda algunas cuestiones relevantes que posteriormente la misma SCP retoma y corrige¹⁰⁶⁴. Aparte de lo expuesto en el punto anterior respecto al desacuerdo en la aplicación del art. 15(4), esta jueza también fue crítica en relación a la decisión de sus compañeros de limitar temporalmente la investigación a los crímenes cometidos a partir del 28 de noviembre

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, §s 13, 14. Por tanto, la CPI aclara las dudas sobre la interpretación del 12(3) en lo que al contenido de la declaración se refiere.

¹⁰⁶⁰ *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, “Corrigendum to ‘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’”, PTC III, 15-11-11, § 179.

¹⁰⁶¹ La jueza Fernández de Gurmendi emitió un voto particular y parcialmente discrepante, véase *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, “Judge Fernández de Gurmendi's separate and partially dissenting opinion to the 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”, PTC III, 03-10-11.

¹⁰⁶² *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, “Corrigendum to ‘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’”, PTC III, 15-11-11, § 183.

¹⁰⁶³ *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, “Judge Fernández de Gurmendi's separate and partially dissenting opinion to the 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”, PTC III, 03-10-11.

¹⁰⁶⁴ *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, “Decision on the “Prosecution's provision of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010”, PTC III, 22-02-2012.

de 2010, ya que si bien la solicitud de Moreno-Ocampo tenía como objeto la investigación de crímenes cometidos a partir de 2010, al mismo tiempo éste sugería a los jueces la posibilidad de ampliar el ámbito temporal de la investigación retroactivamente a 2002, algo que en opinión de la jueza se debería de haber hecho porque tal y como refleja la decisión de la mayoría, sí se reconocía la existencia del conflicto desde ese período: “The information contained in the supporting material submitted by the Prosecutor and some of the victims' representations provide indications of very serious human rights violations and abuses that have been committed since the September 2002 coup attempt that could amount to crimes within the jurisdiction of the Court”¹⁰⁶⁵.

Sin embargo, dado que la mayoría consideró que la Fiscalía no había aportado pruebas suficientes en relación a los elementos contextuales y actos subyacentes de los crímenes presuntamente cometidos durante ese período de tiempo¹⁰⁶⁶, le ofreció la opción de remitir información y pruebas adicionales que sustentaran esos hechos. No obstante, en opinión de la jueza ese material adicional no era necesario, y en caso de serlo, la Sala no reflejó adecuadamente qué material era necesario para poder determinar si se satisfacía o no el criterio o estándar de ‘fundamento razonable’ con respecto a crímenes cometidos entre 2002 y 2010 y por lo tanto, solicitar material adicional suponía sobrepasar las competencias judiciales recogidas en el art. 15 del ER¹⁰⁶⁷.

Asimismo, también expresó su disconformidad respecto a la argumentación que la mayoría hizo sobre la fecha de cierre de la investigación. El art. 53(1)(a) del ER señala que “[L]a 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” y por tanto se preguntó si una investigación debe tener una fecha de cierre o por el contrario puede alargarse de forma indefinida en el tiempo. En el caso de Kenia la SCP II consideró que la investigación no puede abarcar crímenes cometidos con posterioridad a la solicitud de autorización presentada

¹⁰⁶⁵ *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, “Corrigendum to ‘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’”, PTC III, 15-11-11, §182.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, § 184.

¹⁰⁶⁷ *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, “Judge Fernández de Gurmendi's separate and partially dissenting opinion to the 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”, PTC III, 03-10-11, §§ 59, 60.

por la Fiscalía¹⁰⁶⁸. Sin embargo, en el caso de Costa de Marfil la mayoría estimó que era necesaria una interpretación más amplia de la disposición del tratado para que la autorización pueda cubrir ‘crímenes continuados’ cometidos a partir de la solicitud de apertura hecha por la Fiscalía debido a la situación volátil en Costa de Marfil¹⁰⁶⁹. Fernández de Gurmendi a su juicio que ésta se basaba en una lectura errónea de la jurisprudencia del TPIR¹⁰⁷⁰, o más bien, en un ejercicio de analogía erróneo, ya que la sentencia de este tribunal en la que se basaban sus compañeros para apoyar su tesis, abordaba el concepto de ‘crímenes continuados’ de forma distinta a la que ocupaba a la SCP III. Concretamente el TPIR dilucidaba la cuestión de admitir o no hechos probatorios ocurridos antes de 1994, nada que ver con el debate de extender la investigación a futuros crímenes continuados que estén vinculados a la situación de conflicto ya identificada, por lo que en opinión de la jueza, no resultaba posible apoyarse en la jurisprudencia de este tribunal *ad hoc* en relación a la interpretación y aplicación del concepto de ‘crímenes continuados’¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, § 63, en relación a la decisión de la SCP II sobre la situación en Kenia, 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”, PTC II, 31-03-10, § 206: “Since article 15(4) of the Statute subjects the Chamber’s authorization of an investigation to an examination of the Prosecutor’s Request and supporting material, it would be erroneous to leave open the temporal scope of the investigation to include events subsequent to the date of the Prosecutor’s Request. Article 53(l)(a) of the Statute, by referring to ‘a crime [which] has been or is being committed’, makes clear that the authorization to investigate may only cover those crimes that have occurred up until the time of the filing of the Prosecutor’s Request.”

¹⁰⁶⁹ *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, “Corrigendum to ‘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’”, PTC III, 15-11-11, § 179.

¹⁰⁷⁰ *Nsengiyumva*, ICTR-96-12-I, Decision on the Defence Motions Objecting to the Jurisdiction of Trial Chamber on the Amended Indictment, 13-04-00, § 27: “Temporal Jurisdiction. The parties do not dispute that the temporal jurisdiction of the Tribunal is limited to crimes committed in the year 1994. Articles 1 and 7 of the Statute are clear in this regard. The matter in dispute is whether the indictment’s concise statement of facts may or may not include allegations dating before 1994 and, subsequently, whether such allegations are admissible at trial. The Trial Chamber accepts the Prosecution’s submission that allegations dating before 1994 do not constitute independent crimes. These allegations merely represent what the Prosecution intends to offer as relevant and admissible evidence of crimes occurring in 1994, or relate to the continuation of events, clarify, and are supplementary to the substantive charges.” Como vemos, la cuestión que discutía este tribunal era la posibilidad de admitir en el acta de acusación alegatos de hechos ocurridos con anterioridad al inicio de la competencia temporal del tribunal (1 de enero de 1994), es decir, hechos que en sí mismos no constituyen crímenes independientes y que sólo sirven para probar crímenes que se cometieron dentro de la competencia temporal del TPIR.

¹⁰⁷¹ Al mismo tiempo, la mayoría también se apoyó, una vez más erróneamente a nuestro entender, en el siguiente comentario doctrinal: “The state making the declaration would still determine the temporal jurisdiction of the Court. The possibility of relying on events prior to the declaration would remain confined to acts of a continuing nature and to evidentiary matters such as establishing the contextual elements of crimes or the existence of a common criminal plan” en STAHN, Carsten, EL ZEIDY, Mohamed M., OLASOLO, Héctor, *op. cit.*, p.431. Consideramos que la mayoría se basó de forma errónea en dicho comentario porque la situación que contemplan es diferente a la que se le plantea a la SCP III en el caso de la situación en Costa de Marfil.

En este sentido, compartimos el voto particular cuando expone que no debería establecerse este requisito de ‘crimen continuado’ porque ni siquiera el ER lo prevé. Al mismo tiempo, considera que hubiera sido más acertado seguir el enfoque adoptado por la SCP I respecto a la solicitud de orden de arresto contra Callixte Mbarushimana¹⁰⁷² ya que: “Pre-trial Chamber I established that a situation can include not only crimes that have already been or are being committed at the time of the referral, but crimes committed after that time, insofar as the crimes are sufficiently linked to the situation of crisis referred to the Court as ongoing at the time of the referral”¹⁰⁷³. Suscribimos por lo tanto que esta interpretación más amplia habría permitido abarcar los crímenes cometidos pasada la fecha de la solicitud de la Fiscalía y habría promovido el efecto preventivo de la intervención de la CPI en el conflicto¹⁰⁷⁴.

Siguiendo la propuesta de la SCP III, la Fiscalía remitió poco después más material probatorio respecto de los crímenes cometidos entre 2002 y 2010, solicitando así la ampliación del ámbito temporal de la investigación para cubrir ese período¹⁰⁷⁵. Tras analizar dicho material, esta Sala decidió ampliarlo desde el 19 de septiembre de 2002 hasta el 28 de noviembre de 2010, entendiendo que los crímenes futuros relacionados con el conflicto pueden, al igual que la mayoría determinó en la decisión anterior, ser competencia de la Corte. De esta forma, la Sala decidió que la violencia que ha tenido lugar entre 2002 y 2010,

¹⁰⁷² *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana”, PTC I, 28-09-10.

¹⁰⁷³ *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, “Judge Fernández de Gurmendi’s separate and partially dissenting opinion to the 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”, PTC III, 03-10-11, § 72. Véase también *ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana”, PTC I, 28-09-10, §§ 6-7.

¹⁰⁷⁴ *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, “Judge Fernández de Gurmendi’s separate and partially dissenting opinion to the 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”, PTC III, 03-10-11, § 73.

¹⁰⁷⁵ Recordemos que la Corte, como ella misma reconoce, es competente desde el 19 de septiembre de 2002 en virtud de la declaración bajo el 12(3) (declaración que además no fija una duración determinada), competencia que no se ha visto alterada tras las cartas o declaraciones posteriores del Gobierno de Ouattara: “The initial Declaration, which explicitly indicates its unspecified duration, was signed by the Minister of Foreign Affairs of the former President, Laurent Gbagbo, and he had the authority to sign a valid declaration on behalf of Côte d’Ivoire. The subsequent confirmation of the validity of this Declaration in 15. The Chamber concludes that the Court has jurisdiction over crimes allegedly committed in Côte d’Ivoire since 19 September 2002, on the basis of the Declaration of acceptance of 18 April 2003 and the letters of December 2010 and May 2011. Indeed, since Côte d’Ivoire has confirmed its acceptance of jurisdiction in 2010 and 2011, the Chamber does not need to assess whether the Declaration made in 2003 could, on its own, cover crimes allegedly committed in 2010 or 2011. The relevant timeframe of the investigation, if authorised, will be determined by the Chamber on the basis of the Prosecutor’s Request and the supporting materials, as well as the victims’ representations under Article 15 of the Statute” en *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, “Corrigendum to ‘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’”, PTC III, 15-11-11, §§ 14-15.

aunque con diferentes grados de intensidad, localización y tiempo, debe tratarse como una única situación y como un único escenario del crimen.

Por el momento ante la SCP I únicamente consta el caso *Simone Gbagbo* y en la SPI I el caso *Gbagbo y Blé Goudé*, ambos unidos en marzo de 2015 a petición de la Fiscalía¹⁰⁷⁶ después de que en junio de 2014 fueran confirmados los cargos contra el expresidente costamarfileño¹⁰⁷⁷. Laurent Gbagbo es el primer ex jefe de Estado bajo custodia en la CPI y se le imputan cuatro cargos de crímenes contra la humanidad cometidos en el contexto de la citada violencia poselectoral que tuvo lugar entre diciembre de 2010 y abril de 2011. Uno de los principales lastres en esta investigación es, como sucede con los conflictos remitidos por los Estados a través de autorremisiones, la aparente parcialidad de la Fiscalía, ya que por el momento los dos únicos casos abiertos han sido contra el propio expresidente e individuos relacionados con su régimen, pese a los informes y materiales de varias ONGs que recogen violaciones de derechos humanos y comisión de crímenes internacionales por parte tanto del sector de Gbagbo como del actual presidente Ouattara¹⁰⁷⁸. Quizás sea el miedo a desestabilizar aún más el país o a perder la cooperación del gobierno, pero la ausencia de casos abiertos contra aliados del sector del actual gobierno de Ouattara no hace sino perpetuar la sensación de una “justicia de vencedores” entre la población civil.

5.1.2. Las declaraciones de Ucrania: límites temporales, materiales y subjetivos

Ucrania firmó el ER en enero del 2000 pero su Tribunal Constitucional declaró que algunas disposiciones del tratado no eran compatibles con la Constitución, concretamente el décimo párrafo del preámbulo y el artículo primero del ER, estimando necesaria una reforma constitucional previa ratificación del mismo. Estas disposiciones, en opinión del tribunal, son

¹⁰⁷⁶ ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, “Decision on Prosecution requests to join the cases of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and The Prosecutor v. Charles Blé Goudé and related matters”, TC I, 11-03-15.

¹⁰⁷⁷ ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo, “Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo”, PTC I, 12-06-14.

¹⁰⁷⁸ HRW, *Côte d’Ivoire: Ouattara Forces Kill, Rape Civilians During Offensive*, publicado el 9 de abril de 2011 en <https://www.hrw.org/news/2011/04/09/cote-divoire-ouattara-forces-kill-rape-civilians-during-offensive> (última visita 18-05-17) ; Amnesty International, *Côte d’Ivoire: Both sides responsible for war crimes and crimes against humanity*, publicado el 25 de mayo de 2011 en <https://www.amnesty.org/en/press-releases/2011/05/cc3b4te-de28099ivoire-both-sides-responsible-war-crimes-and-crimes-against-humanity/> (última visita 18-05-17).

contrarias a lo dispuesto en el art. 124 de la Constitución ucraniana, que estipula que la administración de justicia es una competencia exclusiva de los tribunales ucranianos y que las funciones judiciales no pueden delegarse a otros órganos:

“Article 124 of the Ukrainian Constitution states that the administration of justice is the exclusive competence of the courts and that judicial functions cannot be delegated to other bodies or officials. The Constitutional Court noted that the jurisdiction of the ICC under the Rome Statute is complementary to national judicial systems. However, under Article 4(2) of the Rome Statute, the ICC may exercise its functions and powers on the territory of any State party, and under Article 17, the ICC may find a case to be admissible if the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution. The Court concluded that jurisdiction supplementary to the national system was not contemplated by the Ukrainian Constitution. Hence, the amendment of the Constitution is required before the Statute can be ratified”¹⁰⁷⁹.

Esta resolución judicial, que únicamente se refiere a la ratificación del ER por parte de Ucrania, podría llevarnos a pensar que si la adhesión no es posible sin antes enmendar la Constitución, tampoco podría serlo la cesión de soberanía jurisdiccional mediante una declaración al amparo del art. 12(3). No obstante, esta última vía ya ha sido empleada dos veces por las instituciones ucranianas y en este sentido Heller alerta que la decisión de los poderes ejecutivo y legislativo de obviar la respuesta del Tribunal Constitucional podría tener consecuencias en un futuro, ya que en el caso de decidir abrir una investigación formal, la Fiscalía y las SCPs podrían verse obligadas a lidiar con posibles impugnaciones de admisibilidad¹⁰⁸⁰. Sin embargo, esta cuestión no impide a Ucrania remitir declaraciones bajo el art. 12(3) del ER en el marco del propio tratado, ya que hacerlo es una decisión soberana al alcance de cualquier miembro de Naciones Unidas a pesar de las tensiones internas que la adopción de una declaración de este tipo pueda generar a nivel doméstico, una cuestión que sin duda compete al Estado dirimir y no a la CPI.

Pues bien, a la luz de los acontecimientos ocurridos en Ucrania desde finales de noviembre de 2013 y concretamente tras los sucesos durante el mes de febrero de 2014 conocidos como el *Euromaidán*, el 9 de abril de 2014 el Parlamento ucraniano remitió la primera declaración bajo el art. 12(3) del ER en la que reconocía la competencia de la CPI “for the purpose of

¹⁰⁷⁹ ‘Summary of the Opinion of the Constitutional Court on the conformity of the Rome Statute with the Constitution of Ukraine’, 11 July 2001, (en ICRC.org, IHL National implementation).

¹⁰⁸⁰ “(...) I can help but think it would be unseemly for an international court like the ICC to simply ignore a clear judgment issued by the highest court in a state purporting to accept its jurisdiction. At the very least, Fatou Bensouda should take the Ukraine’s internal conflict into account when she decides whether to open a formal investigation — you can bet that any suspect wanted by the ICC would challenge the legality of the self-referral in Ukraine’s domestic courts, litigation that could make it very difficult for ICC proceedings to go forward”, HELLER, Kevin J., “Thoughts on the Ukraine Ad Hoc Self-Referral” en *Opinio Juris*, publicado el 18-04-14. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2014/04/18/thoughts-ukraine-ad-hoc-self-referral/> (última visita 18-05-17).

identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Ukraine within the period 21 November 2013-22 February 2014”¹⁰⁸¹. Conviene recordar no obstante que el contexto en el que se realizó esta declaración fue extraordinario o de excepción, puesto que tras la salida del país del entonces presidente Yanukóvich no hubo un nuevo gobierno democráticamente elegido hasta mayo de 2014, de forma que la declaración fue remitida mientras había un gobierno interino y cuestionado en el poder. Tras las elecciones resultó vencedor Petro Poroshenko y su gobierno no ha rechazado ni cuestionado la validez de la declaración remitida por el Parlamento ucraniano interino un mes atrás. Asimismo, tampoco la propia CPI lo ha hecho, de manera que en el caso de Ucrania, a diferencia de lo sucedido respecto a Egipto, ni la autoridad que remite la declaración en representación del Estado ni la manera en la que ésta ha accedido al poder han sido puestos en tela de juicio¹⁰⁸².

El 8 de septiembre de 2015 Ucrania remitió la segunda declaración bajo el art. 12(3) con el objeto conceder competencia a la CPI sobre los crímenes cometidos desde el 20 de febrero de 2014 en adelante, esta vez sin establecer un límite final. En respuesta a esta declaración la Fiscalía amplió su examen preliminar, análisis que cubre actualmente los hechos ocurridos desde el 21 de noviembre en adelante. Así, tanto los sucesos del *Euromaidán* como el ataque contra el vuelo MH17 de Malasya Airlines que tuvo lugar en julio de 2014, entre otros, tendrían cabida dentro del examen preliminar actual¹⁰⁸³.

Sin embargo, junto a la cuestión del ámbito temporal ya expuesta, deben hacerse ciertas matizaciones sobre el contenido de la segunda declaración. Nos estamos refiriendo a las limitaciones subjetivas y materiales que de forma manifiesta recoge este documento remitido el 8 de septiembre de 2015 que expone lo siguiente: “On 4 February the Verkhovna Rada of

¹⁰⁸¹ Declaración *ad hoc* del Gobierno de Ucrania, disponible en: https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/declarationRecognitionJuristiction09-04-2014.pdf. El 21 de noviembre de 2013 fue el día en el que el ex presidente Yanukovich anunció que no seguiría adelante con las negociaciones sobre el Acuerdo de Asociación entre Ucrania y la UE, información disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2013/nov/21/ukraine-suspends-preparations-eu-trade-pact> (última visita 18-05-17)

¹⁰⁸² BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación ... *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁰⁸³ DE HOON, Marieke, FRASER, Julie, McGONIGLE LEYH, Brianne (Eds.), “Legal Remedies for Downing Flight MH17”, White Paper, by *Public International Law & Policy Group and VU University Amsterdam*, documento accessible en: http://www.vu.nl/nl/Images/Legal_Remedies_for_Downing_Flight_MH17_tcm289-747125.pdf (última visita 18-05-17); HELLER, Kevin J., “Why It’s Counterproductive to Discuss an MH17 Tribunal” en *Opinio Juris*, publicado el 25-06-15. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2015/09/26/pointless-talk-about-an-mh17-tribunal/> (última visita 18-05-17).

Ukraine (the Parliament of Ukraine) adopted the Resolution ‘On the Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine ‘On the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court by Ukraine over crimes against humanity and war crimes committed by senior officials of the Russian Federation and leaders of terrorist organizations “DNR” and “LNR”, which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals’. The Resolution along with its unofficial translation are annexed hereto.” Y proseguía “Mindful of this fact, on behalf of the State of Ukraine I have the honour to declare that in conformity with Article 12, paragraph 3, of the Rome Statute of the International Criminal Court Ukraine accepts jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging the perpetrators and accomplices of acts committed in the territory of Ukraine since 20 February 2014”¹⁰⁸⁴. Una pregunta que cabe hacerse es por qué Ucrania decidió remitir una segunda declaración para ampliar la competencia de la Corte.

En el Informe de actividades en materia de Exámenes Preliminares de 2015 la Fiscalía concluyó que los sucesos del *Euromaidán*, a pesar de un uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por parte de las fuerzas ucranianas del gobierno de Yanukovich durante la agitación, no se caracterizan como crímenes contra la humanidad al entender que en virtud de la información y pruebas disponibles dichos ataques no fueron sistemáticos ni generalizados¹⁰⁸⁵, por lo que el examen preliminar se centra actualmente en hechos sucedidos a partir del 20 de febrero de 2014. Sin embargo a la luz del informe más reciente, la recepción de nueva información en relación a estos sucesos podría hacer a la Fiscalía revisar su evaluación¹⁰⁸⁶. En opinión de Kersten, Ucrania amplió la competencia de la CPI para cubrir hechos que pudieran ser imputables a las fuerzas prorrusas, anticipando que los crímenes cometidos en el *Euromaidán* quedarían fuera del foco de la Fiscalía¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ Segunda declaración de Ucrania, del 8 de septiembre de 2015, disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf (última visita 18-05-17).

¹⁰⁸⁵ ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2015, pp. 20-23, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf> (última visita 18-05-17).

¹⁰⁸⁶ ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2016, p. 41, disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf (última visita 18-05-17).

¹⁰⁸⁷ KERSTEN, Mark, “Five Take-Aways from the ICC’s Latest Bombshell Report” en *Justice in Conflict*, publicado el 20-11-2015, disponible en: <http://justiceinconflict.org/2015/11/20/five-take-aways-from-the-iccs-latest-bombshell-report/> (última visita 18-05-17): “(...) it is the best evidence we have to support the view that the current Ukrainian government decided to expand the ICC’s jurisdiction into the country earlier this year due to its fears that ICC prosecutors would let their adversaries off the hook. Ukraine clearly did not want news headlines to declare that the previous regime was not responsible for international crimes. Opening itself up to further examination avoided that fate. And now we know why.”

En cualquier caso, aunque lo que motivó la segunda declaración de Ucrania fuera ampliar el alcance temporal de la primera, lo cierto es que, como expone Bollo Arocena, de esta segunda declaración “en ningún caso cabe interpretar que Ucrania ha limitado materialmente a la CPI permitiéndole solo enjuiciar crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, primero, porque probablemente no fue esa su intención—sino simplemente poner de relieve los crímenes que entendían que podían haberse cometido—, y segundo, porque aunque lo hubiera pretendido, la limitación carecía de efecto jurídico alguno”¹⁰⁸⁸. Si bien es cierto que la CPI no se ha manifestado en este sentido en ningún momento con respecto al texto ucraniano, los jueces sí subrayaron esta cuestión en el caso *Gbagbo* en relación a la declaración de aceptación de Costa de Marfil, advirtiendo que es al tribunal a quien compete valorar si el ámbito de la declaración de aceptación de la competencia, tal y como se recoge en el texto remitido, cumple con los parámetros objetivos de la situación en cuestión¹⁰⁸⁹.

No obstante, consideramos que habría sido beneficioso que la CPI, concretamente la Fiscalía una vez recibida la declaración, hubiese comunicado que la selección de los casos es su competencia exclusiva¹⁰⁹⁰, pues, a pesar de que tanto en la teoría como en la práctica las declaraciones bajo el art. 12(3) no sean vinculantes para la CPI en el sentido de que nada obliga a la Fiscalía a abrir una investigación, el hecho de que no haya hecho siquiera alusión a esta cuestión debilita la imagen de la CPI y puede dar lugar a confusión en lo que respecta al alcance del art. 12(3). Sabemos que ni el ER ni las RPP especifican cuál debe ser el contenido de una declaración de estas características, pero el marco teórico y operativo del ER contiene reglas, como la discrecionalidad procesal e independencia judicial, que no deben sobrepasarse, algo que quizás fuera necesario enfatizar más a menudo en aras a fortalecer más a la institución frente a cualquier intento de manipulación. En este sentido, convendría que la Fiscalía se hiciera eco de sus competencias mediante declaraciones públicas en lugar de permitir a los Estados remitir declaraciones de aceptación de la competencia como la de Ucrania, sin que tenga ciertas consecuencias, al menos mediáticas. Debería por tanto jugar un

¹⁰⁸⁸ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación ... *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁸⁹ Decision on the “Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo”, PTC I, 15-08-12, § 60: “it is clear, in the view of the Chamber, that while States may indeed seek to define the scope of its acceptance, such definition cannot establish arbitrary parameters to a given situation as it must encompass all crimes that are relevant to it. Contrary to the Defence submission, the Chamber is of the view that it will be ultimately for the Court to determine whether the scope of acceptance, as set out in the declaration, is consistent with the objective parameters of the situation at hand.”

¹⁰⁹⁰ Al igual que la calificación jurídica de los crímenes.

papel menos permisivo y manifestar públicamente, en cuanto se dan estas circunstancias, que lo que está dispuesta a recibir son aceptaciones de competencia para la situación que la Fiscalía estime oportuna, no listas de presuntos culpables, tal y como corrigió —aunque pasados unos meses— con respecto a la situación de Uganda.

Por último, en relación a la guerra en Ucrania no pueden obviarse los Protocolos de Minsk adoptados en el marco de la resolución del conflicto armado y conocidos como Minsk I y Minsk II. El primero fue firmado el 5 de septiembre de 2014 por los representantes de Ucrania, Rusia, la República Popular de Donetsk (DNR), y la República Popular de Lugansk (LNR) bajo los auspicios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Este instrumento estableció un alto el fuego inmediato pero no logró poner fin a todos los enfrentamientos en la parte este del país y en enero de 2015 se vio abocado al fracaso. Con la intención de recuperar lo acordado en septiembre en la capital bielorrusa, los líderes de Ucrania, Rusia, Francia y Alemania, bajo los auspicios de la OSCE una vez más, se reunieron en Minsk el 11 de febrero de 2015 y adoptaron un paquete de medidas para tratar de parar el conflicto armado en la región este de Donbass. El contenido de ambos acuerdos es parecido: un alto al fuego inmediato, control y seguimiento por parte de la OSCE o la celebración de elecciones locales en las regiones de Donetsk y Lugansk, entre otros.

Sin embargo, en lo que respecta al Derecho Internacional Penal y a la responsabilidad penal del individuo, resulta interesante destacar un punto que ambos acuerdos tienen en común prácticamente en los mismos términos: la promulgación de leyes que prohíban el enjuiciamiento y castigo de la personas vinculadas a los hechos que tuvieran lugar en áreas de las regiones de Donetsk y Lugansk (Minsk I punto 6): “Enact a law prohibiting the prosecution and punishment of persons in connection with the events that took place in certain areas of the Donetsk and Lugansk regions of Ukraine”¹⁰⁹¹. O la concesión de indultos y amnistías para todos los participantes en el conflicto (Minsk II punto 5): “Provide pardons and amnesties by means of enacting a law prohibiting the prosecution and punishment of persons

¹⁰⁹¹ Acceso al Protocolo a través del portal web del Ministerio de Asuntos Exteriores de Ucrania: Protocol on the results of consultations of the Trilateral Contact Group (Minsk, 05/09/2014): <http://mfa.gov.ua/en/news-feeds/foreign-offices-news/27596-protocolon-the-results-of-consultations-of-the-trilateral-contact-group-minsk-05092014> (última visita 18-05-17).

in connection with the events that took place in certain areas of the Donetsk and the Lugansk regions of Ukraine”¹⁰⁹².

Estos apartados podrían ser el origen de una controversia entre Ucrania y la CPI si ésta finalmente decidiera abrir una investigación en ese territorio, al menos si Ucrania ratificara el ER y solicitara mediante remisión que ampliara la investigación de la situación remitida bajo el art. 12(3), ya que las leyes de amnistía son, desde la creación del tribunal hasta la actualidad, objeto de debate¹⁰⁹³ y en opinión de Schabas “the claims of a prohibitive customary norm are overstated”¹⁰⁹⁴. Las disposiciones del ER son “deliberadamente ambiguas” respecto a las amnistías nacionales debido a la falta de acuerdo en el seno de las reuniones preparatorias y esto implica la posibilidad de que la CPI pueda ceder frente a ciertas formas de amnistía¹⁰⁹⁵. De esta manera, como explica Mallinder: “The principle of complementarity would not permit the ICC to recognize a blanket, automatic, unconditional amnesty as a bar to prosecution. However, the court could potentially rely on this provision when exercising its discretion not to prosecute for an amnesty process similar to the South African model, which facilitated the investigation of crimes committed during the apartheid era and only granted amnesty to individuals who adhered to the conditions imposed by the commission”¹⁰⁹⁶.

En el caso de Ucrania, si se materializasen tanto una investigación oficial como la apertura de casos de posibles responsables de la comisión de crímenes internacionales, la Fiscalía deberá lidiar con estas disposiciones. No obstante, a pesar de que las amnistías nacionales no

¹⁰⁹² Financial Times, 12-02-15, “official English version of the agreement”

<https://www.ft.com/content/21b8f98e-b2a5-11e4-b234-00144feab7de> (última visita 18-05-17).

¹⁰⁹³ ROBINSON, Darryl, “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court” en *European Journal of International Law*, vol. 14, n°3, pp. 481-505; MAZJUB, Diba, “Peace or justice? Amnesties and the International Criminal Court” en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, n° 2, 2002, pp. 1-33; ALLAN, Kate, “Prosecution and peace: a role for amnesty before the ICC?” en *Denver Journal of International Law*, vol. 39, n° 2, 2011, pp. 239-301; SADAT, Leila N., “Exile, Amnesty and International Law” en *Notre Dame Law Review*, vol. 81, n° 3, 2006, pp. 955-1036; SHAW, Malcolm N., *International Law*, 6 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 271-272.

¹⁰⁹⁴ SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary...*, op. cit., p. 665.

¹⁰⁹⁵ MALLINDER, Louise, *Amnesty, human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 279-280. En este sentido, las amnistías que podrían ser aceptadas por la Corte serían en todo caso las condicionales, las sujetas a un proceso dirigido a la búsqueda de la verdad y la reconciliación que cuenta con el apoyo de la ciudadanía y que cumpla con unos criterios mínimos de legitimidad, pero nunca las amnistías totales o incondicionales (blanket amnesties), p. 68. Véase también CRYER, Robert, *Prosecuting International Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 108; ROBINSON, Darryl, “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions...” op.cit., p.483.

¹⁰⁹⁶ MALLINDER, Louise, op. cit., p. 283.

son vinculantes para la Corte, el precedente de Uganda muestra un más que probable rechazo a la aceptación de dichas leyes internas¹⁰⁹⁷ y la práctica actual parece seguir esa misma línea en virtud de las declaraciones de la Fiscalía en 2012 sobre Libia¹⁰⁹⁸ y Colombia¹⁰⁹⁹. La Fiscalía goza de discrecionalidad para tomar en consideración dichas amnistías pero ha expresado que ‘el interés de la justicia’ requiere que la CPI procese los crímenes internacionales en lugar de abstenerse de ello por fundamentos políticos¹¹⁰⁰. En el ‘Informe de 2007 sobre los intereses de la justicia’ recogió unas declaraciones del 2006 del entonces subsecretario general para asuntos legales de Naciones Unidas Nicolas Michel en el que se expone lo siguiente:

“ (...) Justice should never be sacrificed by granting amnesty in ending conflicts,’ he said, adding that justice and peace should be considered as complementary demands and that the international community should ‘consider ways of dovetailing one with the other’. The trend was confirmed in the statement of the President of the Security Council where he stated that, ‘The Council intends to continue forcefully to fight impunity with appropriate means and draws attention to the full range of justice and reconciliation mechanisms to be considered, including national, international and ‘mixed’ criminal courts and tribunals, and as truth and reconciliation commissions.”¹¹⁰¹

La necesidad de las amnistías se fundamenta en el dilema ‘paz v. justicia’¹¹⁰² pero la Fiscalía ha determinado que los ‘intereses de la justicia’ no son los mismos que ‘los intereses de paz’ y que su mandato no cubre éstos últimos, puesto que son competencia de Naciones Unidas y del CS en concreto¹¹⁰³. Trasladado esto al conflicto ucraniano, la praxis de la CPI

¹⁰⁹⁷ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 572.

¹⁰⁹⁸ Respecto a Libia la fiscal hizo las siguientes declaraciones ante el Consejo de Seguridad sobre la situación en ese Estado: “My Office takes note of Law 38, which grants amnesty at the national level for acts made necessary by the 17 February revolution, as well as Law 35, which purportedly ensures that any act found to be in contravention of international law and human rights covenants will not be exempt. I encourage the new Libyan Government, scheduled to be sworn in the coming days, to ensure that there is no amnesty for international crimes and no impunity for crimes, regardless of the perpetrator or the victim”, Declaración de la fiscal en el Consejo de Seguridad, 7 de noviembre de 2012, UN Doc. S.PV/6855, p. 3.

¹⁰⁹⁹ En relación a Colombia la Fiscalía manifestó—aunque sin referirse a las leyes de amnistía expresamente—su preocupación por medidas alternativas al procesamiento penal destinadas a torpedear el establecimiento de la responsabilidad penal de los supuestos responsables: “Por lo tanto, aunque la Fiscalía celebra la adopción de una política nacional para dar prioridad a la investigación y el procesamiento de casos contra los máximos responsables de los crímenes más graves, vería con preocupación toda medida que pareciera diseñada para proteger u obstaculizar el establecimiento de la responsabilidad penal de personas por crímenes de competencia de la Corte. Incluso cuando se tratara de infractores de rango aparentemente menor, las actuaciones en torno a la presunta comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad deben garantizar el máximo nivel de conocimientos posible sobre los crímenes específicos cometidos por cada acusado, ya que esa información podría resultar muy útil para reconstruir la conducta operacional de cada grupo, así como las líneas de mando interno.” ICC-OTP, Situación en Colombia, Informe Intermedio, noviembre 2012, p. 67.

¹¹⁰⁰ ICC-OTP, Policy Paper on the Interests of Justice, September 2007; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 572.

¹¹⁰¹ ICC-OTP, Policy Paper on the Interests of Justice, September 2007, p. 3, nota al pie 5.

¹¹⁰² BELLELLI, Roberto, *International criminal justice: law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate, Farnham, 2010, p. 38; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 573.

¹¹⁰³ ICC-OTP, Policy Paper on the Interests of Justice, September 2007, p. 8.

demuestra que a menos que el CS mediase a través del art. 16 del ER, las leyes de amnistía no serían un impedimento para enjuiciar, llegado el caso, a los principales responsables, aunque dada la flexibilidad y ambigüedad—como ya se ha dicho, intencionada— del ER y la falta de disposiciones que regulen las amnistías, la Fiscalía podría en principio, considerando diversos factores, decantarse por posponer o abandonar los enjuiciamientos¹¹⁰⁴.

5.2. Palestina y el Estatuto de Roma: declaraciones bajo el artículo 12(3) y ratificación

El caso de Palestina merece una mención especial en esta tesis doctoral, pues se trata sin duda alguna de una situación muy particular en cuanto a la relación mantenida con la CPI y los motivos que han retrasado tanto su aceptación de la competencia al amparo del art. 12(3), como su ratificación. Como es sabido, Palestina ostenta a día de hoy el estatus de Estado observador no miembro de Naciones Unidas que le fue concedido a través de la Resolución 67/19 de la AGNU el 29 de noviembre de 2012¹¹⁰⁵, acontecimiento que ha supuesto un gran

“In situations where the ICC is involved, comprehensive solutions addressing humanitarian, security, political, development and justice elements will be necessary. The Office will seek to work constructively with and respect the mandates of those engaged in other areas but will pursue its own judicial mandate independently.

The Statute recognizes a role for the UN Security Council to defer ICC action where it considers it necessary for the maintenance of international peace and security. Article 16 provides that “no investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions.”; ROBINSON, Darryl, “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions... *op.cit.*, p. 503.

¹¹⁰⁴ La participación de Rusia en el conflicto, un Estado no parte y además miembro permanente en el CS, podría considerarse una dificultad añadida a la hora de llevar una investigación adelante dada su probable falta de cooperación. Sin embargo, no sería un escenario nuevo, ya que Rusia también es una de las partes implicadas en la situación de Georgia, cuya investigación fue autorizada el 27 de enero de 2016 por la SCP I.

¹¹⁰⁵ <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/19> (última visita 18-05-17).

138 a favor: Afghanistan, Algeria, Angola, Antigua and Barbuda, Argentina, Armenia, Austria, Azerbaijan, Bahrain, Bangladesh, Belarus, Belgium, Belize, Benin, Bhutan, Bolivia, Botswana, Brazil, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Cape Verde, Central African Republic, Chad, Chile, China, Comoros, Congo, Costa Rica, Côte d’Ivoire, Cuba, Cyprus, Democratic People’s Republic of Korea, Denmark, Djibouti, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, Egypt, El Salvador, Eritrea, Ethiopia, Finland, France, Gabon, Gambia, Georgia, Ghana, Greece, Grenada, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Honduras, Iceland, India, Indonesia, Iran, Iraq, Ireland, Italy, Jamaica, Japan, Jordan, Kazakhstan, Kenya, Kuwait, Kyrgyzstan, Lao People’s Democratic Republic, Lebanon, Lesotho, Libya, Liechtenstein, Luxembourg, Malaysia, Maldives, Mali, Malta, Mauritania, Mauritius, Mexico, Morocco, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nepal, New Zealand, Nicaragua, Niger, Nigeria, Norway, Oman, Pakistan, Peru, Philippines, Portugal, Qatar, Russian Federation, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Sao Tome and Principe, Saudi Arabia, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leone, Solomon Islands, Somalia, South Africa, South Sudan, Spain, Sri Lanka, Sudan, Suriname, Swaziland, Sweden, Switzerland, Syria, Tajikistan, Thailand, Timor-Leste, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkey, Turkmenistan, Tuvalu, Uganda, United Arab Emirates, United Republic of Tanzania, Uruguay, Uzbekistan, Venezuela, Viet Nam, Yemen, Zambia, Zimbabwe.

paso tanto a nivel político como jurídico y tras el cual toda duda sobre su condición de Estado carece jurídicamente de validez. Lo que hasta hace poco se veía lejano o muy improbable es ya una realidad; Palestina puede, desde el 1 de abril de 2015, remitir válidamente a la Fiscalía una situación de conflicto que tenga lugar en su territorio. No obstante, poco antes de ratificar el tratado remitió una declaración bajo el art. 12(3) del ER aceptando la competencia de la Corte, dos hechos que provocan entusiasmo pero también incertidumbre sobre el futuro de este nuevo miembro para con el tribunal.

En este apartado pretendemos hacer un recorrido por los acontecimientos más importantes que Palestina ha protagonizado desde 2009 hasta su reciente adhesión al ER. Para ello, comenzaremos con la Declaración remitida en 2009 al amparo del art. 12(3) del ER y la respuesta dada por la Fiscalía a tal solicitud, analizando los argumentos de Moreno-Ocampo y el papel que algunos órganos de Naciones Unidas, como la Secretaría General, la UNESCO o la AGNU jugaron, o más bien debieron de haber jugado, en el desarrollo de los hechos. Posteriormente veremos cuáles son los efectos de la adhesión de Palestina al ER y la interrelación entre la adhesión y las declaraciones de aceptación de la jurisdicción remitidas bajo el art. 12(3) del ER.

5.2.1. La declaración de aceptación de la competencia de 2009 y la respuesta de la Fiscalía

En respuesta al conflicto armado que tuvo lugar en Gaza entre diciembre de 2008 y enero de 2009, bautizado por Israel como “Operación Plomo Fundido”, el 21 de enero de 2009 el entonces ministro de Justicia de la Autoridad Nacional Palestina Ali Kashan aceptó la competencia de la CPI durante un período indefinido haciendo uso del art. 12(3) del ER y solicitó a ésta que investigara los crímenes internacionales cometidos en territorio palestino desde el 1 de julio de 2002 en adelante. Tras la declaración de Costa de Marfil en 2003, fue la

9 en contra: Canada, Czech Republic, Israel, Marshall Islands, Micronesia (Federated States of), Nauru, Palau, Panama, United States.

41 abstenciones: Albania, Andorra, Australia, Bahamas, Barbados, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Cameroon, Colombia, Croatia, Democratic Republic of the Congo, Estonia, Fiji, Germany, Guatemala, Haiti, Hungary, Latvia, Lithuania, Malawi, Monaco, Mongolia, Montenegro, Netherlands, Papua New Guinea, Paraguay, Poland, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, Rwanda, Samoa, San Marino, Singapore, Slovakia, Slovenia, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Togo, Tonga, United Kingdom, Vanuatu.
Ausentes: Equatorial Guinea, Kiribati, Liberia, Madagascar, Ukraine.

segunda vez que se empleaba este mecanismo para dotar a la CPI de competencia sobre un territorio no parte en el ER. Ya desde el momento en que la Secretaría de la CPI dio entrada a esta declaración y comunicó a la AGNU que “debido a las incertidumbres de la comunidad internacional respecto de la existencia o no de un Estado de Palestina, la Secretaría de la CPI aceptó la declaración sin perjuicio de un eventual pronunciamiento judicial sobre la aplicabilidad del párrafo 3 del artículo 12”¹¹⁰⁶, se auguraba una evolución compleja de la situación, puesto que dada la envergadura de la solicitud, podía intuirse, además del calado jurídico, el peso político de la cuestión considerando que en el año 2009 la condición de Estado de Palestina era incierta y discutida desde la perspectiva del Derecho Internacional¹¹⁰⁷.

Por lo general, la declaración fue bien acogida por gran parte de la doctrina e internacionalistas como Dugard la presentaron como “a golden opportunity to dispel charges of Anti-African bias by investigating crimes committed by the military and political leaders of a state that is seen by many African states to be engaged in the practice of colonialism through its settlement enterprise. Moreover, unlike the situations selected in Africa, it was a situation that was well documented with evidence of the commission of international criminal crimes”¹¹⁰⁸. Aún así, el posterior desarrollo de los acontecimientos y la postura adoptada por la Fiscalía no fueron acordes con el entusiasmo inicial suscitado por dicha declaración.

No fue precisamente hasta el 3 de abril de 2012, algo más de tres años después, cuando Moreno-Ocampo se pronunció sobre esta cuestión poco antes de concluir su mandato¹¹⁰⁹ cerrando el examen preliminar y rechazando iniciar una investigación, esgrimiendo que el estatus incierto de Palestina en relación al ejercicio de la competencia de la CPI bajo el art. 12 no le permitía tomar una decisión hasta que su condición de Estado fuera resuelta previamente en el seno de Naciones Unidas por los órganos que señaló como competentes para ello—refiriéndose concretamente al secretario general en primer lugar y a la AGNU en segundo

¹¹⁰⁶ Informe anual de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas correspondiente a 2008/2009, A/64/356, del 17 de septiembre de 2009, § 51. Acceso al documento en el siguiente enlace:

https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1BC01710-9C42-44AC-8B18-85EE2A8876EB/281213/A_64_356_ESP2.pdf (última visita 18-05-17).

¹¹⁰⁷ SOROETA LICERAS, Juan, “Una visión del conflicto palestino: bloqueo histórico, colapso jurídico, fracaso político” en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastei*, Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, 2006, pp. 282-332.

¹¹⁰⁸ DUGARD, John, “Palestine and the International Criminal Court: institutional Failure or Bias?” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, nº 3, 2013, p. 565.

¹¹⁰⁹ OTP, Situation in Palestine, 3 April 2012. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf> (última visita 18-05-17).

lugar en el caso de que el primero dudase y debiera consultar a este órgano—o alternativamente en la AEP de la CPI¹¹¹⁰. Dado que en virtud del art. 12 del ER únicamente los Estados pueden someterse a la CPI, Moreno-Ocampo consideró que carecía de competencia para determinar el alcance del término “Estado” en el sentido del art. 12 respecto a Palestina y por ende para poder emitir un juicio sobre la validez de la declaración remitida a estos efectos.

La decisión consistió en un documento de breve extensión, cuya argumentación jurídica fue escasa e incoherente en la mayoría de sus razonamientos y además considerada por muchos como una maniobra del exfiscal para deshacerse del delicado asunto de Palestina, puesto que de alguna manera, le obligaba a posicionarse respecto a su estatus aunque sólo fuera a efectos del ER y no de manera general¹¹¹¹. Como explica Kearney, la cuestión que debía abordar no era determinar si Palestina era un Estado *per se* y para todo propósito, sino determinar si a la luz del ER Palestina era entonces una entidad con la capacidad de establecer relaciones con Estados y organizaciones internacionales, si tenía la capacidad de transferir válidamente la jurisdicción sobre los crímenes de competencia de la CPI y si podía considerarse Estado a los efectos del art. 12¹¹¹².

La cuestión principal que cabe discutir es la decisión de la Fiscalía de reenviar la decisión sobre la controvertida estatalidad de Palestina a órganos de Naciones Unidas en lugar de dirimirla internamente a pesar de los aspectos políticos inherentes a las circunstancias, ya que como decimos, lo que debía interesar a Moreno-Ocampo era determinar si Palestina era o no un Estado únicamente a efectos del art. 12(3) del ER, algo que a nuestro juicio bien podía haber hecho sin necesidad de desentenderse del asunto y de dejarlo en manos de una organización política¹¹¹³. Bastaba pues con determinar si a efectos del art. 12(3) la remisión

¹¹¹⁰ *Ibid.*, §s 5, 8. Véase el art 112(2)(g) del ER.

¹¹¹¹ AKANDE, Dapo, “ICC Prosecutor decides that he can’t decide on the statehood of Palestine. Is He Right?” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 02-04-12. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/icc-prosecutor-decides-that-he-cant-decide-on-the-statehood-of-palestine-is-he-right/> (última visita 18-05-17).

¹¹¹² KEARNEY, Michael, “Palestine and the International Criminal Court: asking the right question” en *UCLA Human Rights & International Criminal Law Online Forum*, disponible en: <http://iccforum.com/gaza#Kearney> (última visita 18-05-17).

¹¹¹³ En este sentido, véase VACAS FERNÁNDEZ, Félix, “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina: un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 30, diciembre de 2015, pp. 2-3, nota al pie 2, en referencia a la Opinión consultiva de la CIJ de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la

era válida, valorando su estatalidad únicamente en esos términos¹¹¹⁴. En este sentido, como expone Azarov “Statehood is a relativist, bilateral matter of pure fact and politics, and states and international organisations are left to decide individually whether they treat an entity as a state for their specific purposes (...). The relevant question is whether Palestine can be considered a state for the Rome Statute, which is why it is arguably for the Court to determine Palestine’s statehood status”¹¹¹⁵. De hecho, según lo dispuesto en el art. 119(1) del ER “[L]as controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella” y tal y como señala Bollo Arocena, la cuestión que se le planteaba a la Fiscalía, un órgano más de la CPI, era resolver las dudas que planteaba la aplicación del art. 12(3) al caso de Palestina, debiendo haber entrado en el fondo de la cuestión¹¹¹⁶.

No obstante, ya desde el momento en que se registró la declaración de Palestina se auguraba un proceso difícil y delicado y Moreno-Ocampo solicitó las opiniones de expertos, entre quienes algunos abogaban por el éxito de la declaración en cuanto a dotar al tribunal de competencia mientras que otros negaban que la Fiscalía tuviera competencia para tomar tal decisión dado el calado político de la cuestión. Al hilo de este debate doctrinal la Fiscalía publicó en 2010 el resumen de las opiniones y consultas recibidas, que aglutinaban principalmente tres posturas: 1) Palestina no era un Estado desde la perspectiva del Derecho Internacional y por tanto no podía remitir una declaración válida; 2) Palestina sí era un Estado y por consiguiente sí podía prevalerse del art. 12(3) del ER y 3) no era necesario decidir si Palestina podía considerarse un Estado a los efectos del Derecho Internacional para considerarla como Estado con arreglo al ER¹¹¹⁷.

construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, § 41, donde el tribunal señaló que los aspectos políticos de una cuestión no pueden privarla de su carácter jurídico.

¹¹¹⁴ En este sentido compartimos la opinión de Mohamed El Zeidy cuando expone que delegar una determinación jurídica en una institución política como Naciones Unidas generara una de las declaraciones más controvertidas de la CPI. Véase EL ZEIDY, Mohamed M., “Ad Hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation Under Scrutiny” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 189-190.

¹¹¹⁵ AZAROV, Valentina, “ICC jurisdiction in Palestine: blurring law and politics”, *JURIST.org Forum*, publicado el 09-04-1. Disponible en: <http://www.jurist.org/forum/2012/04/valentina-azarov-icc-palestine.php> (última visita 18-05-17).

¹¹¹⁶ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación... *op. cit.*”, p. 5.

¹¹¹⁷ Véase el resumen de la Fiscalía de las opiniones recibidas publicado el 3 de mayo de 2010 en el siguiente enlace:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D3C77FA6-9DEE-45B1-ACC0-B41706BB41E5/282852/PALESTINEFINAL201010272.pdf> (última visita 18-05-17).

Así, entre los que se mostraron a favor de que la CPI se pronunciara al respecto por entender que determinar la condición de Estado de Palestina no era un requisito indispensable para dotar de jurisdicción al tribunal, es decir, la tercera vía citada, se encuentran entre, otros muchos, figuras como Pellet, Gowlland-Debbas, Forteau o Remiro Brotons y Cardona Llorens entre la doctrina española, quienes abogaron desde entonces por lo que se conoce como el *functional approach* de la noción de Estado en Derecho Internacional, un enfoque que aplicado al caso de la declaración palestina consistía, en palabras de Pellet, en hacer una interpretación conforme al objeto y fin del tratado: “it is by taking into account the general scheme of the provisions of the Rome Statute and the object and purpose of Article 12 that the Court is called upon to give a meaning to the term ‘State’ within the framework of this provision”¹¹¹⁸. Asimismo, señala que “Article 12 of the Statute, according to its very title, establishes the “Preconditions to the Exercise of Jurisdiction” by the ICC. Participation in the statute or the declaration provided for in Paragraph 3 are therefore conditional acts whose non-existence would prevent the Court from exercising its jurisdiction. It is indeed only if this declaration is made that the Court can carry out its mission: the judgment of persons accused of the crime of genocide, of a crime against humanity or of a war crime”¹¹¹⁹. Se trata por lo tanto de una interpretación de máximo interés y vigencia, ya que podría aplicarse a otros casos como el de Kosovo, Taiwán o la República Árabe Saharaui, cuya estatalidad es controvertida y cuestionada¹¹²⁰.

Respecto a la postura contraria a la aceptación de la declaración palestina, autores como Shaw, Anderson o Kontorovich, centraron su análisis en la Convención de Montevideo de 1933 para concluir que la declaración de Palestina carecía de validez. Según estos autores, Palestina no cumplía con los criterios característicos de Estado recogidos en dicho tratado y por lo tanto la declaración bajo el art. 12(3) del ER debía ser rechazada. En contra de este argumento, Kearney y Mendes, entre otros, consideraron que una aplicación mecánica de esta convención al caso palestino pasa por alto cuestiones fundamentales como la ocupación del territorio, la soberanía y el derecho a la libre determinación de Palestina, por lo que defendieron una interpretación y aplicación más flexible de la Convención¹¹²¹. En este

¹¹¹⁸ PELLET, Alain, “The effects of Palestine’s recognition” en Meloni, Chantal, Tognoni, Gianni (Eds.), *Is there a court for Gaza?*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, p. 415.

¹¹¹⁹ *Ibid.* p. 418.

¹¹²⁰ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación l... *op. cit.*, p. 7.

¹¹²¹ KEARNEY, Michael, “Palestine and the International Criminal Court... *op. cit.*, ver nota 1112; MENDES, Errol, “Statehood and Palestine for the purposes of Article 12(3) of the ICC Statute. A contrary perspective”,

sentido, incluso Crawford señala que: “No doubt the Montevideo formula was drawn up at a time when the principle of self-determination was not generally recognized in international law, and when the implications of the nascent rule prohibiting the use of force between States had not been worked out. That makes it even odder to debate the statehood of entities such as Palestine in terms of the Convention’s hackneyed formula”¹¹²².

Consideramos que en efecto la CPI pudo haber realizado una interpretación teleológica y funcional sobre la cuestión con el fin de determinar si Palestina era un Estado a los efectos del art. 12(3) del ER. En este sentido, en virtud del principio general *Kompetent kompetenz* que recoge el ER en sus arts. 18 y 19, este tribunal puede y debe cerciorarse de tener competencia cuando una situación le es remitida¹¹²³. Este principio ya fue empleado en la conocida Decisión de apelación del TIPY del 2 de octubre de 1995 en el caso *Tadić*, en la que la Sala reconocía su derecho a responder a la cuestión incidental planteada por el demandante sobre la legalidad de la resolución del CS que creó el tribunal *ad hoc*¹¹²⁴. Vemos por lo tanto el precedente de una instancia judicial internacional que, sin estar obligada a ello, entró a analizar una cuestión periférica haciendo uso de dicho principio, entendiendo que cuestionar su legalidad era cuestionar al mismo tiempo su competencia.

En el caso que nos ocupa no cabe duda de que tal y como se constata en las mencionadas disposiciones del tratado, es la propia CPI quien debe cerciorarse de su competencia antes de proceder aunque ciertamente el ER no disponga a qué órgano corresponde tal cometido.

documento remitido a la Fiscalía y disponible en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D3C77FA6-9DEE-45B1-ACC0-B41706BB41E5/281876/OTPErrolMendesNewSTATEHOODANDPALESTINEFORTHEPURPOS.pdf> (última visita 18-05-17).

¹¹²² CRAWFORD, James, *The creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2 ed., 2007, p. 437. Véase también BROWNLIE, Ian, *Principles of international Law*, 7 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 70-78.

¹¹²³ FORTEAU, Mathias, “La Palestine comme ‘État’ au regard du Statut de la Cour Pénale Internationale” en *Revue Belge de Droit Internatonal*, vol. 45, n° 1, 2012, p. 43 : “le fait même qu’une juridiction internationale comme la Cour soit appelée à trancher la question de la qualité étatique de la Palestine au regard de l’article 12 du Statut paraît neutraliser l’argument selon lequel celle-ci n’aurait pas le pouvoir de dire que la Palestine est un État au sens de cette disposition au motif qu’il s’agirait d’une question ressortissant à la compétence exclusive des États. Il ne semble pas faire de doute en effet qu’aux fins (et aux fins seulement) de déterminer si elle a compétence, la Cour pénale internationale est habilitée, par voie d’exception, à trancher ce type de question, dans un sens ou dans un autre. (...) Le principe de la compétence de la compétence habilite tout autant la Cour à répondre par la positive que par la négative a la question qui lui est posée.”

¹¹²⁴ *Tadić*, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, AC, 02-10-95, § 17. Como es sabido, la SA no tenía competencia para evaluar la legalidad o no de una resolución del Consejo de Seguridad pero finalmente lo hizo porque se le planteó esta cuestión de forma colateral, concluyendo que el TIPY había sido establecido conforme a los procedimientos apropiados en el marco de la Carta de Naciones Unidas y que ofrecía todas las garantías necesarias para llevar a cabo procesos justos.

Precisamente al hilo de esta cuestión resulta muy interesante la reflexión aportada por Heller¹¹²⁵, ya que pone en tela de juicio la decisión de Moreno-Ocampo en la que expresó que el ER no le daba, al menos tácitamente, la autoridad para tomar la decisión de determinar que Palestina era un Estado a los efectos del art. 12(3) del ER. Este autor opina, acertadamente a nuestro entender, que si bien el ER no recoge en su texto la posibilidad de que los jueces decidan si una entidad puede calificarse como Estado o no con respecto a la competencia de la CPI, o en definitiva decidir qué es un Estado y qué no lo es, tampoco encomienda esa tarea a la Fiscalía de manera exclusiva. Lo cierto es que el hecho de que sea ésta quien decide si investigar o no una situación determinada y solicitar la autorización a tal fin no significa que los jueces no puedan revisar la decisión de la Fiscalía antes de autorizar una investigación, o que en virtud del art. 82(1)(a) del ER se le pueda remitir el asunto a la SA si fuera necesario¹¹²⁶. Finalmente, hace referencia a la AEP y al papel que ésta podría haber jugado en este asunto, esgrimiendo que tratándose de una decisión más política que jurídica, éste habría sido el foro más acertado para resolverla¹¹²⁷. Estas cuestiones que plantea Heller son a nuestro juicio de gran importancia, ya que hasta la fecha ninguno de los órganos de la CPI se ha pronunciado al respecto y por tanto, se trata de interrogantes que siguen en el aire de cara a futuros casos controvertidos que podrían llegar al tribunal al amparo del art. 12(3), casos como los citados anteriormente.

A pesar de estas consideraciones, Moreno-Ocampo optó por una tercera vía implicando a órganos de Naciones Unidas en la resolución de la controversia, apuntando al secretario general de Naciones Unidas como el principal competente para resolver el estatus de Palestina antes de poder proceder, sin reflexionar por tanto acerca de las controvertidas cuestiones citadas¹¹²⁸. El exfiscal pareció entender que debe seguirse el mismo procedimiento cuando se trate tanto de confirmar si una entidad es un Estado o no a los efectos del art. 12(3), como de acceder al ER a través del art. 125 y remitir situaciones (art. 12(1) del ER). Al entender que

¹¹²⁵ HELLER, Kevin J., “Which organ of the ICC decides whether Palestine is a State?” en *Opinio Juris*, publicado el 12-04-12. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2012/04/04/which-organ-of-the-icc-decides-whether-palestine-is-a-state/> (última visita 18-05-17).

¹¹²⁶ *Ibid.* Sobre la revisión judicial de la decisión de la Fiscalía véase también BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación... *op. cit.*, p. 9; CHAN, James, “Judicial oversight over Article 12(3) of the ICC Statute” en *Forum for International Criminal and Humanitarian Law Policy Brief Series* No. 11 (2013), Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 1-4.

¹¹²⁷ HELLER, Kevin J., “Which organ of the ICC... *op. cit.*, ver nota 1125.

¹¹²⁸ GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, CERVELL HORTAL, María José, “Sobre el reconocimiento de Palestina por la Asamblea General de Naciones Unidas, como ‘Estado observador no miembro’” en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, n^o 1, 2013, p. 260.

Palestina no podía ratificar el ER por ser una entidad observadora de Naciones Unidas y no un Estado, determinó que tampoco podía emitir una declaración válida al amparo del art. 12(3) del ER porque sólo los Estados, *stricto sensu*, pueden hacerlo. En otras palabras, consideró que la respuesta debe ser uniforme, bien cuando se trate de una declaración *ad hoc*, bien cuando estemos ante una nueva adhesión¹¹²⁹. Sin embargo, deben señalarse las diferencias que erróneamente Moreno-Ocampo pasó por alto puesto que en el primer supuesto quien recibe la declaración y decide registrarla es la Secretaría de la CPI de forma independiente sin intervención alguna de Naciones Unidas. En el segundo supuesto, en cambio, es el secretario general, en calidad de depositario de los tratados internacionales, quien recibe el instrumento de adhesión por parte del Estado interesado con el fin de admitir o no dicho instrumento, y únicamente en tal caso evaluará si la entidad remitente es un Estado o no antes de dar por válida la ratificación del ER. La Fiscalía apeló directamente a este órgano de Naciones Unidas como depositario del ER, como si lo remitido por Palestina fuera una solicitud de adhesión al ER, confundiendo por tanto ambos procesos.

Junto con lo anteriormente expuesto y el debate doctrinal que todo ello suscitó, también merece nuestra atención otra cuestión señalada por la Fiscalía dadas las incongruencias que contiene¹¹³⁰. Por una parte Moreno-Ocampo hizo referencia al CS y a la solicitud de admisión palestina en Naciones Unidas. Ciertamente Palestina solicitó su ingreso como Estado miembro en 2011, ingreso que además fue denegado por el CS en calidad de órgano competente en última instancia para admitir o no nuevos miembros en la organización internacional. No obstante, el exfiscal apuntó que el proceso de admisión de Palestina como Estado miembro en Naciones Unidas y la solicitud de aceptación de la competencia de 2009

¹¹²⁹ AKANDE, Dapo, “ICC Prosecutor decides that... *op. cit.*, ver nota 1111: “Under Article 125 of the Statute, accession to the Statute is open to “all States”. Whenever an entity claiming to be a State seeks to accede to the treaty, it is the UN Secretary General that will decide, in the first place, whether to accept that instrument of accession or not. It does not seem to follow that because the Secretary General has responsibility for deciding on questions of accession to the Statute, he must also be the one that decides on declarations made by States under Article 12(3). The SG has to decide on question of statehood in order to perform his administrative function as a depositary but that does not give him overall competence on this question”.

¹¹³⁰ ICC-OTP, *Situation in Palestine*, 3 April 2012, para 7:

“The Office has been informed that Palestine has been recognised as a State in bilateral relations by more than 130 governments and by certain international organisations, including United Nation bodies. However, the current status granted to Palestine by the United Nations General Assembly is that of “observer”, not as a “Non-member State”. The Office understands that on 23 September 2011, Palestine submitted an application for admission to the United Nations as a Member State in accordance with article 4(2) of the United Nations Charter, but the Security Council has not yet made a recommendation in this regard. While this process has no direct link with the declaration lodged by Palestine, it informs the current legal status of Palestine for the interpretation and application of article 12.

eran procedimientos que no guardan una relación directa entre sí, es decir, asumió que se trataba de dos cuestiones diferentes. Sin embargo, lo contradictorio es que a pesar de dicha afirmación estimó que debían ser los órganos de Naciones Unidas quienes valorasen si Palestina era o no un Estado antes de poder tomar una decisión respecto a la validez de la declaración remitida en 2009. Asimismo, hizo referencia al reconocimiento de la estatalidad de Palestina manifestada por numerosos países e hizo alusión —y aquí reside en nuestra opinión el descuido probablemente intencionado—al reconocimiento del Estado palestino por parte de órganos de Naciones Unidas y al estatus que por aquél entonces, ya en 2012, ostentaba como entidad observadora.

Sin embargo, Moreno-Ocampo no hizo ninguna mención a la UNESCO, agencia especializada de Naciones Unidas de la que Palestina ya era Estado miembro desde finales de 2011. ¿Estaba la Fiscalía incluyendo a la UNESCO en esa referencia a los órganos de Naciones Unidas? Independientemente de que quisiera referirse a ella o no de forma tácita o implícita, las consecuencias del ingreso de Palestina en esta agencia fueron obviadas, algo que como ya se ha adelantado, era a nuestro modo de ver el punto de inflexión de la cuestión. En definitiva, si la Fiscalía consideró que el competente para dirimir el asunto era el secretario general como si de una adhesión al ER se tratase, ¿por qué entonces no analizó y no aplicó correctamente ella misma la práctica de este órgano cuando es una entidad miembro de una agencia de las Naciones Unidas la que remite la declaración bajo el art. 12(3) del ER? Aun no siendo a nuestro juicio el procedimiento adecuado, puesto que defendemos que la CPI bien podría haber dirimido esta cuestión sin necesidad de implicar a terceros, su decisión de involucrar al secretario general exigía por su parte un análisis más exhaustivo de la práctica de este órgano y su implicación en el caso palestino.

5.2.2. Ingreso de Palestina en la UNESCO, la ‘fórmula de todos los Estados’ y la ‘fórmula de Viena’

Palestina ingresó como Estado miembro en la UNESCO el 23 de noviembre de 2011¹¹³¹ y su condición de Estado reconocido por esta entidad ya le permitía desde entonces acceder al

¹¹³¹ UNESCO, portal web oficial: <http://www.unesco.org/new/es/unesco/worldwide/arab-states/palestine/> (última visita 18-05-17).

ER, ya fuera a través de la adhesión o a través de una declaración de aceptación bajo el art. 12(3). Por lo tanto, el mero hecho de ser un Estado miembro de la UNESCO era motivo suficiente para que en 2012 Moreno-Ocampo considerara que efectivamente, a efectos del art. 12(3) del ER, Palestina era un Estado sin necesidad de que su estatalidad fuera debatida en otras instancias o foros a partir de ese momento. De haber considerado debidamente la implicación del estatus de Palestina en la UNESCO, quizás hubiera tomado una decisión muy distinta respecto a la declaración de 2009. Sea correcto o no el camino escogido por el exfiscal al reenviar a la Secretaría General la cuestión del estatus de Palestina en lugar de hacer su propia interpretación, conviene analizar el proceder de este órgano como depositario de tratados multilaterales y las consecuencias de la adhesión de Palestina a la UNESCO como Estado miembro para entender la importancia de dicho acontecimiento a efectos de la declaración bajo el 12(3) del ER.

A tenor de lo dispuesto en los arts. 102 y 98 de la Carta de Naciones Unidas¹¹³², la práctica del secretario general en materia de tratados ha sido documentada y recogida desde 1994 en una publicación que se revisa periódicamente por la Sección de Tratados de Naciones Unidas¹¹³³ y que esencialmente alberga los tratados abiertos a la ratificación de “todos los Estados”, lo que incluye al ER¹¹³⁴. No obstante, esta fórmula, muy habitual derecho convencional y recogida en un sinnúmero de instrumentos multilaterales, puede acarrear

¹¹³² Art. 102:

1. Every treaty and every international agreement entered into by any Member of the United Nations after the present Charter comes into force shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it.
2. No party to any such treaty or international agreement which has not been registered in accordance with the provisions of paragraph 1 of this Article may invoke that treaty or agreement before any organ of the United Nations.

Art. 98:

The Secretary-General shall act in that capacity in all meetings of the General Assembly, of the Security Council, of the Economic and Social Council, and of the Trusteeship Council, and shall perform such other functions as are entrusted to him by these organs. The Secretary-General shall make an annual report to the General Assembly on the work of the Organization.

¹¹³³ UNITED NATIONS Treaty collection:

<https://treaties.un.org/Pages/Home.aspx> (última visita 18-05-17).

¹¹³⁴ Art. 125 ER:

1. El presente Estatuto estará abierto a la firma de todos los Estados el 17 de julio de 1998 en Roma, en la sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Posteriormente, y hasta el 17 de octubre de 1998, seguirá abierto a la firma en Roma, en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia. Después de esa fecha, el Estatuto estará abierto a la firma en Nueva York, en la Sede de las Naciones Unidas, hasta el 31 de diciembre del año 2000.
2. El presente Estatuto estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Estatuto estará abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

problemas cuando el estatus de la entidad que solicita la adhesión al tratado en cuestión no está definido o su estatalidad es motivo de disputa a nivel internacional, siendo precisamente en estas situaciones en las que hay que observar el proceder del secretario general, ya que el caso de Palestina encajaba en este supuesto. Así pues, para ello resulta esencial referirnos a la fórmula alternativa conocida “fórmula de Viena”, cláusula recogida en el art. 81 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹³⁵ y que dispone lo siguiente:

“La presente Convención *estará abierta a la firma* de todos los estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado o del Organismo Internacional de Energía Atómica, así como de todo Estado parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en la Convención (...)”¹¹³⁶.

Resulta fundamental tener en cuenta esta cláusula porque la UNESCO, agencia de la que Palestina es Estado miembro desde 2011, es precisamente un organismo especializado de Naciones Unidas, tal y como recoge el citado art. 81. Sin embargo, aunque sea especialmente la “fórmula de todos los Estados” la que nos interesa en el caso de Palestina por ser ésta la que emplea el ER, la cuestión es que tal y como dispone el citado *Resumen de la práctica del Secretario General*¹¹³⁷, muchos de los tratados adoptados por la AGNU estaban abiertos a la participación de “todos los Estados” sin más especificaciones y la interpretación de esta fórmula a veces resultaba problemática al secretario general:

“If he were to receive an instrument of accession from any such area, he would be in a position of considerable difficulty unless the Assembly gave him explicit directives on the areas coming within the "any State" or "all States" formula. He would not wish to determine, on his own initiative, the highly political and controversial question of whether or not the areas whose status was unclear were States. Such a determination, he believed, would fall outside his competence. He therefore stated that when the "any State" or "all States" formula was adopted, he would be able to implement it only if the General Assembly provided him with the complete list of the States coming within the formula, other than those falling within the "Vienna formula", i.e. States that are Members of the United Nations or members of the specialized agencies, or Parties to the Statute of the International Court of Justice”¹¹³⁸.

Vemos por tanto que en casos de especial dificultad, el secretario general recurrirá a la AGNU, tal y como Moreno-Ocampo señaló en su documento de 2012¹¹³⁹, para que sea ésta la

¹¹³⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1967), cuyo art. 2.1.(a) define un tratado internacional como un acuerdo entre Estados.

¹¹³⁶ La cursiva es nuestra.

¹¹³⁷ *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral agreements* (ST/LEG/7), p. 23, § 81.

¹¹³⁸ *Ibid.*

¹¹³⁹ OTP, Situation in Palestine, 3 April 2012, § 5: “In instances where it is controversial or unclear whether an applicant constitutes a ‘State’, it is the practice of the Secretary-General to follow or seek the General Assembly’s directives on the matter. This is reflected in General Assembly resolutions which provide indications of whether an applicant is a ‘State’. Thus, competence for determining the term ‘State’ within the meaning of

que aporte luz sobre el estatus de las entidades que planteen controversias a la hora de solicitar la adhesión a tratados abiertos “a todos los Estados”. En este sentido, a la luz de lo expuesto en estos últimos apartados, parece que el exfiscal actuó según la mencionada práctica del SG al delegarle tal cuestión para que, a tenor de la complejidad del caso, dilucidara el estatus de Palestina a través de la AGNU si lo estimaba necesario. La cuestión es que, fuera cual fuera el procedimiento escogido, probablemente debería de haberse llegado al mismo resultado:

1) El estatus de Palestina planteaba problemas a la CPI como entidad capaz de vincularse al ER porque se cuestionaba su estatalidad. El tribunal podía resolverlo mediante una interpretación ‘funcional’ del término de Estado a efectos del art. 12(3) del ER, interpretación que habría supuesto aceptar a Palestina a esos efectos o; 2) La CPI remitía la controversia a Naciones Unidas y el SG solicitaba la ayuda de la AG porque la entidad que solicitaba vincularse al ER—aunque no tratándose de una adhesión esta vía no era la más deseable— le planteaba problemas bajo la fórmula de “todos los Estados”. La práctica del SG por tanto es clara: cualquier entidad que sea parte de una agencia de naciones Unidas puede ratificar un tratado abierto a “todos los Estados”.

Sin embargo, si bien no cabe duda de que la cuestión del estatus de Palestina era un asunto controvertido y delicado en 2009, es dudoso que la intervención de la AGNU fuera necesaria en este caso ya que como expone Akande, “further analysis of UN practice suggests, that *the SG only looks to the GA for guidance in cases of States which fall outside what is known as the “Vienna formula”*. (...) This formula refers to States that are members of the UN, or any UN specialized agency, or of the International Atomic Energy Agency or a party to the Statute of the International Court of Justice. Where an entity falls within the Vienna formula, the SG deems that it is a State and he will accept accession by that State¹¹⁴⁰”. Dado que Palestina se incorporó como Estado miembro a la UNESCO en noviembre de 2011 pasando así a ser parte de una agencia especializada de Naciones Unidas, satisfacía desde ese momento la “fórmula de Viena” y adquiriría plena capacidad para acceder a tratados abiertos a todos los Estados. Si la Fiscalía de la CPI no hubiera tardado tres años en tomar una decisión respecto al caso de Palestina, podría haberse escudado, quizás más válidamente, en los órganos

article 12 rests, in the first instance, with the United Nations Secretary General who, in case of doubt, will defer to the guidance of General Assembly.”

¹¹⁴⁰ AKANDE, Dapo, “ICC Prosecutor decides that... *op. cit.*, ver nota 1111.

políticos de Naciones Unidas o de la CPI para que éstos tomaran una decisión. No obstante, la admisión de Palestina en la UNESCO cambiaba completamente la situación¹¹⁴¹.

Como vemos, Palestina era ya, el 3 de abril de 2012, un Estado a los efectos del art. 12(3) del ER y la Resolución 67/19 de la AG del 29 de noviembre de 2012, que reconoció a Palestina como Estado observador no miembro, sólo reafirmaba su capacidad para celebrar tratados abiertos únicamente a Estados, no la creaba¹¹⁴². Sin embargo, resulta asombroso que en el “Informe sobre las actividades de exámenes preliminares de 2013” de la Fiscalía¹¹⁴³ se manifestara la importancia de esta resolución y sus efectos, pero no se hace mención alguna a la previa adhesión de Palestina a la UNESCO, evento anterior al reconocimiento de la AG pero que como reiteramos, resultaba primordial tener en cuenta para hacer un análisis e interpretación correctos de la práctica del SG en materia de tratados internacionales.

5.2.3. El controvertido alcance temporal de la declaración de 2009 y la nueva declaración de 2015

A pesar de que en opinión de expertos como Schabas y Akande Palestina ya podía solicitar su adhesión al ER antes de noviembre de 2012¹¹⁴⁴—precisamente desde que ingresó en la UNESCO como Estado miembro— esto no se produjo hasta enero de 2015. Lo relevante en este punto es determinar si la declaración de Palestina de 2009 podía ser válida o si por el contrario debía remitirse una nueva para dotar a la CPI de jurisdicción sobre los crímenes

¹¹⁴¹ *Ibid.*: “It may seem strange that admission to UNESCO could be so influential. However, the reason why the “Vienna formula” includes States that are members of a UN agency is that the composition of these agencies is very similar to that of the UN General Assembly. This means that if faced with a decision on the question of statehood, the UNGA is likely to give the same answer as that given by UN specialised agencies. The difference between membership of the UN itself and membership of a UN Specialised Agency is that the former requires Security Council approval which means that it is subject to a veto by a permanent member”; SCHABAS, William A., “Relevant depositary practice of the Secretary-General and its bearing on Palestinian Accession to the Rome Statute” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 03-11-11, disponible en: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2011/11/relevant-depositary-practice-of.html> (última visita: 18-05-17).

¹¹⁴² VIDMAR, Jure, “Palestine and the conceptual problem of implicit statehood” en *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, n° 1, 2013, pp. 33-34.

¹¹⁴³ Informe de la Fiscalía publicado en noviembre de 2013: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Report-on-Preliminary-Examination-Activities-2013-FRA.pdf> (última visita 18-05-17).

¹¹⁴⁴ SCHABAS, William A., “Relevant depositary practice... *op. cit.*”, ver nota 1141; AKANDE, Dapo, “Palestine as a UN Observer State: does this make Palestine a State?” en *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 03-12-12, disponible en <https://www.ejiltalk.org/palestine-as-a-un-observer-state-does-this-make-palestine-a-state/> (última visita 18-05-17); AZAROV, Valentina, “ICC jurisdiction in Palestine... *op. cit.*”, ver nota 1115.

internacionales cometidos en este Estado y si, en tal caso, la nueva declaración tendría o no efecto retroactivo. Sobre esta cuestión, no hay por el momento una opinión uniforme entre la doctrina ya que por un lado destacan quienes a pesar del rechazo de la Fiscalía apoyaron la validez de la declaración de 2009 con el efecto retroactivo que en dicho documento se expresaba, esto es, desde el 1 de julio de 2002¹¹⁴⁵—al igual que lo hizo Costa de Marfil¹¹⁴⁶—y quienes sostienen que la declaración es nula o que su retroactividad es limitada¹¹⁴⁷. Entre los últimos destaca Zimmermann, quien señaló que era necesaria una nueva declaración o que se reafirmara la de 2009 al entender que ésta es nula a la luz de la decisión de la Fiscalía de no considerar retroactivos los efectos de la Res. 67/19 de la AG¹¹⁴⁸:

“It follows that if the position adopted by the international community at large, and in particular that adopted by the political organs of the UN, informs the determination whether Palestine was a state at the relevant date for purposes of the ICC Statute, such a position (or rather the lack of a positive acknowledgment of statehood), must necessarily lead to the conclusion that the 2009 Palestinian Declaration must be considered void *ab initio*. Finding otherwise would necessarily bestow resolution 67/19 with retroactive effect which, as shown above, the General Assembly did not want. Accordingly, in order to provide for the ICC’s ad hoc jurisdiction under Article 12(3) ICC Statute, Palestine would have to either submit a new declaration or, at the very least, reconfirm its previous 2009 Declaration”¹¹⁴⁹.

Igualmente, Ambos señala que tal y como manifestó la Fiscalía en su último informe de exámenes preliminares, la declaración de 2009 no fue debidamente presentada: “the PNA would have to file a new declaration (...), the GA resolution changed the status of Palestine only *ex nunc* with a view to future Palestinian declarations”¹¹⁵⁰. Respecto a la retroactividad ambos juristas consideran que la nueva declaración sólo podría remontar sus efectos retroactivos a la fecha en la que la AGNU concedió a Palestina el estatus de Estado

¹¹⁴⁵ DUGARD, John, *op. cit.*, p. 568; KEARNEY, Michael, “Palestine and the International Criminal Court... *op. cit.*, ver nota 1112; AZAROV, Valentina, MELONI, Chantal, “Disentangling the Knots: A Comment on Ambos’ ‘Palestine, ‘Non-Member Observer’ Status and ICC Jurisdiction”” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 27-05-14, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/disentangling-the-knots-a-comment-on-ambos-palestine-non-member-observer-status-and-icc-jurisdiction/> (última visita 18-05-17).

¹¹⁴⁶ En el caso de Marfil, como hemos visto, el ámbito temporal de la Declaración fue menos controvertido dado que su condición de Estado no estaba en disputa.

¹¹⁴⁷ AMBOS, Kai, “Palestine, UN non-member Observer Status and ICC jurisdiction” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 06-05-14, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/palestine-un-non-member-observer-status-and-icc-jurisdiction/> (última visita 18-05-17); ZIMMERMANN, Andreas, “Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis?” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n° 2, 2013, pp. 303-329.

¹¹⁴⁸ The OTP concluded by stating that “the Office could in the future consider allegations of crimes committed in Palestine, should competent organs of the United Nations or eventually the Assembly of States Parties resolve the legal issue relevant to an assessment of article 12.” The Office’s determination, thus, was that the 2009 declaration was not validly lodged (p. 53)

¹¹⁴⁹ ZIMMERMANN, Andreas, *op. cit.*, p. 309.

¹¹⁵⁰ AMBOS, Kai, “Palestine, UN non-member... *op. cit.*, ver nota 1147.

observador: “any (alleged) crimes falling within the ICC jurisdiction *ratione materiae* committed prior to 29 November 2012, would not be covered (and indeed could not be covered) by any form of Palestinian *ad hoc* acceptance of the Court’s jurisdiction under Article 12(3) and would thus, not come within the ICC’s temporal jurisdiction”¹¹⁵¹.

En sentido contrario, Azarov y Meloni exponen argumentos que rebaten los anteriores. En primer lugar, consideran erróneo el razonamiento de Ambos cuando apunta que no hay ninguna posibilidad de retroactividad con anterioridad a la Res. 67/19 porque antes de ese reconocimiento Palestina no era un Estado y que por tanto, esta resolución cumplía la función de “certificado de nacimiento”, más aún cuando la declaración de 2009 ha sido considerada nula por la nueva Fiscalía más recientemente. Así, estas autoras sostienen que:

“It is a mistake to consider GA Res. 67/19 as the ‘birth certificate’ of the State of Palestine. Therefore, when considering an Article 12(3) Declaration from Palestine, the current Prosecutor should not make the same mistake as her precursor by giving GA Res. 67/19 more value than it legally has. The ‘State’ status issue has been overemphasized as a matter of international law linked to UN procedures, as opposed to an issue that should be resolved by the Court’s own mechanisms. In other words, the GA Resolution is not a valid basis to refuse the (potential) exercise of jurisdiction by the Court with regards to acts committed before 2012”¹¹⁵².

Asimismo, consideran que Ambos ha puesto demasiado énfasis en el citado Informe de 2013, documento que a su juicio y a diferencia de la decisión que se publicó en abril de 2012, sólo es una comunicación de las actividades la Fiscalía con valor dispositivo pero carente de peso oficial. Por lo tanto, si el único documento oficial que puede servir de base para justificar una u otra postura es la declaración del 3 de abril de 2012, cabe cuestionar la corrección o validez de ésta, y a la luz de lo expuesto hasta ahora, concluimos que el razonamiento de la Fiscalía no fue correcto por carecer de una evaluación adecuada de la práctica pertinente del secretario general¹¹⁵³. Quizás si la Fiscalía hubiera tenido en cuenta la adhesión de Palestina a la UNESCO, podría haber dado por válida su estatalidad o podría haber considerado la opción de solicitar en 2012 una nueva declaración al amparo del art. 12(3) con el fin de confirmar la de 2009. Sin embargo, la cuestión más controvertida es la condición de Palestina tanto en el

¹¹⁵¹ ZIMMERMANN, Andreas, *op. cit.*, p. 321.

¹¹⁵² AZAROV, Valentina, MELONI, Chantal, “Disentangling the Knots... *op. cit.*”, ver nota 1145.

¹¹⁵³ Moreno-Ocampo no sólo obvió por completo la adhesión de Palestina a la UNESCO, sino también el caso de las Islas Cook, que fueron admitidas como Estado cuando solicitaron la adhesión al ER el 18 de julio de 2008 tras haber ingresado previamente en la OMS. Ante esa circunstancia el SG entendió que la Asamblea de dicho organismo reconocía la estatalidad de éstas, por lo que no puso impedimento alguno para su adhesión al ER. Consideramos que de haber tenido en cuenta este precedente, la Fiscalía podría haber actuado de la misma manera aceptando la estatalidad de Palestina al menos desde su ingreso en la UNESCO. Véase: SCHABAS, William A., “Relevant depositary practice... *op. cit.*”, ver nota 1141.

momento de la declaración *ad hoc* como en julio de 2002 y de cara a futuras cuestiones que puedan plantearse en relación a este Estado, resulta improbable a la luz de los acontecimientos que se acepte su condición de Estado con anterioridad a la Resolución 67/19 de la AG, ya que en la práctica y por el momento, ésta ha funcionado como su certificado de nacimiento y el ingreso en la UNESCO no ha supuesto un acontecimiento determinante para ninguno de los fiscales de la CPI¹¹⁵⁴.

Sin embargo, no cabe duda de que desde el 29 de noviembre de 2012 Palestina es ya un Estado con capacidad plena para actuar como tal participando en la ratificación de tratados internacionales¹¹⁵⁵ y prueba de ello es su adhesión a diversos convenios multilaterales como los Convenios de Ginebra¹¹⁵⁶ o a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en 2014¹¹⁵⁷. El 1 de enero de 2015 la Secretaría de la CPI recibió una nueva declaración de Palestina bajo el 12(3) aceptando la competencia de la CPI sobre los crímenes cometidos en el territorio ocupado de Palestina, incluyendo el este de Jerusalén, desde el 13 de junio de 2014¹¹⁵⁸, día en que comenzó el mandato de la Comisión Independiente de Investigación de Naciones Unidas sobre el Conflicto de Gaza¹¹⁵⁹ establecida mediante resolución del Consejo de Derechos Humanos¹¹⁶⁰.

Un día después de remitir esta segunda declaración de aceptación, Palestina ratificó el ER, después de que el CS rechazara el proyecto de resolución liderado por Jordania y presentado

¹¹⁵⁴ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional... *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁵⁵ Para una interesante reflexión acerca de las implicaciones de la Res 67/19 para el estatus jurídico de Palestina véase VIDMAR, Jure, “Does General Assembly Resolution 67/19 have any legal implications for the legal status of Palestine?” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 04-12-12. Acceso al post en el siguiente enlace: <https://www.ejiltalk.org/does-general-assembly-resolution-6719-have-any-implications-for-the-legal-status-of-palestine/> (última visita 18-05-17).

¹¹⁵⁶ Adhesión de Palestina el 2 de abril de 2014:

http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=PS.

Véase SCHABAS, William A., “Swiss Depository accepts Palestine's accession to the Geneva Conventions” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 12-04-14, disponible en: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2014/04/swiss-depository-accepts-palestines.html> (última visita 18-05-17).

¹¹⁵⁷ Instrumento de adhesión depositado al SG el 2 de abril de 2014. Este tratado entrará en vigor para Palestina el 1 de julio de 2014.

¹¹⁵⁸ Documento presentado a la Secretaría de la CPI con fecha de 31 de diciembre de 2014: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf (última visita 18-05-17).

¹¹⁵⁹ The United Nations Independent Commission of Inquiry on the 2014 Gaza Conflict, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIGazaConflict/Pages/CommissionOfInquiry.aspx> (última visita 18-05-17).

¹¹⁶⁰ Consejo de Derechos Humanos, Garantía del respeto del derecho internacional en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental A/HRC/RES/S-21/1, aprobada el 21-07-14.

por 22 países árabes y la Autoridad Nacional Palestina (ANP) en el que se urgía a israelíes y palestinos a llegar a un Acuerdo de paz en el próximo año y se instaba a Israel a retirarse de los territorios ocupados desde 1967 antes de finales de 2017¹¹⁶¹. El 1 de abril de 2015 el ER entró en vigor para Palestina, de manera que tanto este acontecimiento como la declaración de competencia suponen un gran cambio en el panorama sobre el conflicto en Palestina y su relación con la CPI, pues a partir de abril de 2015 este Estado le puede remitir la situación para que investigue a los responsables de los crímenes internacionales.

En cualquier caso, la segunda declaración *ad hoc* parece desistir y zanjar la controversia analizada respecto a la primera, ya que su ámbito temporal no va mas allá del verano de 2014 aunque en la carta se señale lo siguiente: “This declaration is without prejudice to any other declaration the State of Palestine may decide to lodge in the future”¹¹⁶², lo que indica que quizás en un futuro decida reabrir el debate sobre el conflicto en Gaza de 2008-2009. Si bien en un principio esto podía suscitar dudas sobre la compatibilidad entre la declaración *ad hoc* y la ratificación del ER¹¹⁶³, la práctica nos muestra que una segunda declaración sería posible aun siendo ya un Estado parte. Sabido es que en virtud del art. 11(2) del ER un Estado parte no puede extender, mediante el mecanismo de remisión estatal, la competencia temporal de la CPI con efecto retroactivo porque el límite temporal para un Estado parte lo fija la fecha de la entrada en vigor del ER respecto de dicho Estado. En cambio, tal y como dispone ese mismo

¹¹⁶¹ UN News Centre: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=49709#.VLO7Bns-Wzk> (última visita 18-05-17).

¹¹⁶² Declaración de Palestina del 31 de diciembre de 2014, en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf (última visita 18-05-17).

¹¹⁶³ JACOBS, Dov, “Are all crimes committed in Palestine between 2002 and 2014 now beyond the reach of the ICC? Possibly” en *Spreading the Jam blog*, publicado el 06-01-15, disponible en <https://dovjacobs.com/2015/01/06/are-all-crimes-committed-in-palestine-between-2002-and-2014-now-beyond-the-reach-of-the-icc-possibly/> (última visita 18-05-17): “What is clear for me from the Article is that only non-State parties can use it. A State party cannot. So in a scenario where a State has joined the Court at date T and the Prosecutor wants to investigate crimes committed on the State’s territory or by its national at T minus X, it cannot obtain a 12(3) declaration from that State.(...) there is some logic there. Article 12 and Article 11 do not have the same subject-matter. Article 11 is about temporal jurisdiction, whereas article 12 is about territoriality and nationality. Therefore, I believe it would be a misuse of article 12(3), especially in my general understanding of article 12 as described above, to use it to grant *temporal* jurisdiction to the Court. That is not what it was designed for. In this sense, the word “retroactive” generally used (including by me previously) is misleading, because it suggests a link to temporal jurisdiction. However, it is one thing to say that a 12(3) declaration necessarily applies to crimes that took place before the declaration, it is another to say that it grants any kind of temporal jurisdiction to the Court that it would not already have. (...) the standard temporal jurisdiction of the Court is 1 July 2002, date of entry into force of the Statute (Article 11(1)). Within that time-frame, a non-State party can file a 12(3) declaration to solve the territoriality/nationality problem of Article 12. However, once a new State joins, Article 11(2) kicks in and supersedes Article 11(1) and I do not believe that a 12(3) declaration can remedy that.” Véase también RICHEMOND-BARAK, Daphné, “Double Duty at the ICC” en *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 12-01-15: <https://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/> (última visita 18-05-17).

artículo, nada parece impedir esta extensión mediante una declaración bajo el art. 12(3). De hecho, como ya se ha señalado en páginas anteriores, algo similar ya sucedió con Uganda, quien siendo ya un Estado parte amplió la competencia temporal de la CPI para extender el período de investigación sin que el tribunal pusiera inconveniente alguno.

En este caso no es la posibilidad de remitir otra declaración lo que se cuestiona, sino el alcance temporal que podría contener dicha declaración debido a su estatus previo al reconocimiento por parte de la AG. ¿Cabría ir más allá de noviembre de 2012, momento en el que Palestina pasó a ser Estado observador no miembro de Naciones Unidas, para incluir los crímenes cometidos entre 2008-2009 en una eventual investigación? Ese es el dilema al que se enfrentaría la CPI llegado el caso, y lamentablemente todo parece indicar que sólo se aceptaría una nueva declaración cuyo límite temporal no vaya más allá de dicha fecha¹¹⁶⁴, lo que dejaría fuera del alcance de la CPI los crímenes cometidos durante la *Operación Plomo Fundido* pero no los cometidos en el marco de la *Operación Borde Protector* lanzada por Israel sobre Gaza en el verano de 2014 que causó la muerte de más de dos mil palestinos y dejó más de once mil heridos. En cualquier caso, a raíz de esta segunda declaración de aceptación de la competencia la Fiscalía inició un examen preliminar el 16 de diciembre de 2015 para investigar los crímenes cometidos en territorio palestino en las fechas señaladas por el Estado y por el momento la cuestión continúa en fase de examen preliminar¹¹⁶⁵.

¹¹⁶⁴ ICC-OTP *Report on Preliminary Examinations Activities 2015*:

“On 29 November 2012, the UN General Assembly (“UNGA”) adopted Resolution 67/19 granting Palestine “non-member observer State” status in the UN by majority: 138 votes in favour, nine votes against and 41 abstentions. The Office examined the legal implications of this development for its own purposes and concluded, on the basis of its previous extensive analysis and consultations on the issues, that, while the change in status did not retroactively validate the previously invalid 2009 declaration lodged without the necessary standing, Palestine would be able to accept the jurisdiction of the Court from 29 November 2012 onward, pursuant to articles 12 and 125 of the Rome Statute. The Rome Statute is open to accession by “all States,” with the UNSG acting as depositary of instruments of accession.” § 49.

“For the Office, the focus of the inquiry into Palestine’s ability to accede to the Rome Statute has consistently been the question of Palestine’s status at the UN. The UNGA Resolution 67/19 is therefore determinative of Palestine’s ability to accede to the Statute pursuant to article 125, and equally, its ability to lodge an article 12(3) declaration.” § 53.

¹¹⁶⁵ ICC-OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2016*, pp. 25-32, disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf (última visita 18-05-17).

CAPÍTULO V.

EL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y DEL UMBRAL DE GRAVEDAD

Sección 1ª Introducción

El análisis de admisibilidad se encuentra en el núcleo de la aplicación del ER actuando a modo de filtro respecto de las investigaciones y casos que inicia la CPI, por lo que toda investigación o enjuiciamiento que se haga en La Haya debe pasar previamente por esta fase procesal de control. El test de admisibilidad se compone del análisis del principio de complementariedad y el criterio de gravedad y el estudio de estos dos factores es *conditio sine qua non* antes de decidir si un asunto puede considerarse admisible o no¹¹⁶⁶. Cada uno de estos elementos deberá examinarse de forma autónoma y sin excepciones, pues no son interdependientes entre sí, de forma que, como veremos en las próximas páginas, para que un caso sea admisible en la CPI no basta con que éste no esté siendo ni haya sido enjuiciado en sede nacional, sino que además debe alcanzar el umbral de gravedad necesario para poder dar curso al proceso internacional.

En este sentido, la jurisdicción de la CPI difiere enormemente de la de los tribunales *ad hoc*, pues como es sabido, la de este aún joven tribunal se caracteriza por su interrelación con las jurisdicciones estatales, algo que hace que su desarrollo práctico sea mucho más complejo. Aunque de un lado los Estatutos del TPIY y del TPIR recogen en sus arts. 9 y 8 respectivamente que cada tribunal tiene jurisdicción concurrente con los tribunales nacionales para enjuiciar a personas responsables de violaciones graves del DIH, de otro lado en sus segundos apartados se recoge la cláusula de la jurisdicción concurrente preferencial¹¹⁶⁷, lo que se traduce en la primacía de éstos sobre las jurisdicciones nacionales. Como expone Cassese,

¹¹⁶⁶ Art. 17 del ER.

¹¹⁶⁷ “The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal”.

“The International Tribunal for Rwanda shall have primacy over the national courts of all States. At any stage of the procedure, the International Tribunal for Rwanda may formally request national courts to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for Rwanda”.

los motivos para este diseño jurisdiccional eran claros: respecto a la ex Yugoslavia, el conflicto armado en curso entre los Estados sucesores y la aversión entre los diversos grupos étnicos y religiosos hacían improbable que los tribunales nacionales fueran capaces o que tuvieran la voluntad de llevar a cabo juicios justos e independientes. Se consideraba que las autoridades nacionales habrían dudado ante la idea de pedir cuentas a sus propios nacionales, tanto serbios, croatas como bosnios, y que en caso de hacerlo, los procesos no habrían sido imparciales¹¹⁶⁸. En cuanto a Ruanda, además de esos mismos motivos, el sistema judicial nacional había quedado colapsado durante el conflicto armado, de manera que al Estado le resultaba imposible impartir justicia¹¹⁶⁹.

Sin embargo, en el caso de la CPI, la jurisdicción es complementaria o subsidiaria, es decir, que su finalidad es complementar las jurisdicciones penales nacionales, anteponiendo así la soberanía de los Estados a la competencia de ésta. La idea de una jurisdicción penal se inserta en la esencia de la soberanía y una definición del poder soberano es el monopolio del Estado sobre la fuerza, que se ejercita mediante el cuerpo policial y el poder judicial estatales. Dada la reticencia de los Estados a ceder soberanía, el tratado que constituiría un tribunal penal internacional permanente no podía contemplar una jurisdicción preferente, sino complementaria o subsidiaria, un principio básico que quedó recogido en el preámbulo y los arts. 1 y 17 del ER.

De esta manera, la regla general es dar prioridad a los tribunales nacionales en el ejercicio de la jurisdicción penal, mientras que la CPI únicamente actuará a modo de *ultima ratio*¹¹⁷⁰ y en las circunstancias especiales que se estudiarán en este capítulo. Este modelo de jurisdicción complementaria, que ya había sido diseñado por la CDI en el Proyecto de 1994 y que se plasmó sin mayores cambios en el texto final del ER, responde a varias razones. En primer lugar, por razones prácticas: concederle jurisdicción prioritaria supondría ahogar a esta organización con innumerables casos, y dado su limitado número de jueces, presupuesto e infraestructuras, la CPI sería incapaz de lidiar con todos ellos. Resulta mucho más adecuado, en la medida de lo posible, dejar bajo la responsabilidad del Estado y sus tribunales el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, que ejercerán su jurisdicción en virtud de

¹¹⁶⁸ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law... op. cit.*, p. 339.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ OLASOLO, Héctor, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 74.

nexos de territorialidad, de nacionalidad o del principio de universalidad¹¹⁷¹, puesto que éstos se encuentran en mejor posición para investigar, reunir pruebas y detener a los acusados¹¹⁷².

En segundo lugar, por el respeto a la soberanía estatal y al “deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”¹¹⁷³ y al mismo tiempo como expone Yang, “to enhance the national jurisdiction over the core crimes prohibited in the Statute, and to perfect a national legal system so as to meet the needs of investigating and prosecuting persons who committed the international crimes listed in the Statute [...]. So long as the legal system of a State can efficiently investigate and prosecute the serious crimes prohibited in the Statute, the sovereignty of the State will remain unaffected”¹¹⁷⁴. Considerando que los crímenes de la competencia de la CPI se cometen por lo general en el contexto de conflictos armados o bien en contextos de represión sistemática, se genera una fractura entre la sociedad y las instituciones. Así, mediante el principio de complementariedad también se busca restaurar la confianza de la sociedad en las instituciones nacionales y su capacidad de llevar a cabo procesos penales sobre crímenes internacionales.

No obstante, desde la adopción del ER ha existido cierta confusión en cuanto al test de admisibilidad, pues muchos autores lo reducían al citado análisis del principio de complementariedad, obviando de esta manera la importancia a lo que se ha denominado del test de gravedad. Sin embargo, como veremos, a partir del 2005 el test de gravedad empezó a cobrar importancia a la luz de la apertura de exámenes preliminares por la Fiscalía y a raíz de nuevos casos que han ido presentándose ante el tribunal. En este capítulo se abordarán estas cuestiones mediante el análisis de la puesta en práctica de estos conceptos por los órganos de la CPI, ya que en la actualidad, más allá de consideraciones teóricas, puede constatarse una línea de actuación práctica que revela avances pero también deficiencias en la aplicación de estos conceptos. Así, el objeto de las siguientes páginas será observar el desarrollo práctico de ambas partes del test de admisibilidad y presentar tanto los aspectos positivos en cuanto a la

¹¹⁷¹ En el caso español muy mermado ya tras la última reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2014 del 13 de marzo de 2014 en modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial relativa a la justicia universal.

¹¹⁷² CASSESE, Antonio, *International Criminal Law...op. cit.*, p. 343; BOLLO AROCENA, M^a Dolores, *Derecho Internacional Penal... op. cit.*, p. 566; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁷³ Párr. 6 del preámbulo del ER.

¹¹⁷⁴ YANG, Lijun, “On the principle of complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court” en *Chinese Journal of International Law*, vol. 4, n^o 1, 2005, p. 122

activación de los mecanismos recogidos en el art. 17 como las inconsistencias que la CPI debe considerar con el fin de elaborar análisis uniformes y aordes con la propia letra del ER.

Sección 2ª. La interpretación y aplicación del principio de complementariedad y su impacto en la relación entre la Corte y los Estados

El preámbulo y el art. 1 del ER definen a la CPI como ‘complementaria a las jurisdicciones nacionales’ pero el marco legal que deriva del principio de complementariedad se recoge en el art. 17(1) del ER, relativo a ‘cuestiones de admisibilidad’ y que dispone lo siguiente:

“1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
- d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.”

Este apartado establece los supuestos en los que la CPI debe declarar la inadmisibilidad de un caso y dejar así el asunto en manos del Estado, mientras que el segundo y tercer apartado sirven de orientación a la CPI en la determinación de la falta de voluntad o la incapacidad de un Estado. No obstante, como adelantábamos en el primer capítulo, es la propia CPI quien tiene la potestad o discrecionalidad para valorar y decidir cuándo un Estado se encuentra en una de esas situaciones, quien decide cuándo un Estado no muestra voluntad o cuándo es incapaz para llevar adelante los procedimientos en sede nacional.

Así, los Estados parte decidieron conferirle este poder de examen y decisión a la CPI, o como señala Olásolo, acordaron otorgarle la primacía material sobre las legislaciones nacionales, es decir, que sea ésta quien decide en última instancia si interviene o no, algo que este autor considera la transferencia del ejercicio de soberanía más importante realizada por los Estados en el ER¹¹⁷⁵. De esta manera, Olásolo hace una interpretación interesante de la complementariedad mediante la distinción de dos elementos que componen este principio: el

¹¹⁷⁵ OLASOLO, Héctor, *Ensayos de derecho penal... op. cit.*, pp. 61-62.

primero lo constituiría la citada ‘primacía material’ mediante la que la CPI decide sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, y el segundo sería la ‘primacía formal’ de las jurisdicciones nacionales, cuyo objetivo es promover las investigaciones y los enjuiciamientos de los crímenes más graves que atentan contra toda la comunidad internacional a nivel interno, respetándose los principios de justicia que recoge el ER¹¹⁷⁶. En otras palabras, en virtud de este elemento de la complementariedad son los tribunales nacionales quienes tienen el deber y por tanto la preferencia a la hora de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales, pero es la CPI quien eventualmente valora si éstos están actuando debidamente, ejerciendo no obstante su competencia cuando considere que su actuación es necesaria para poner fin a la impunidad.

En relación a los contextos concretos en los que la CPI puede actuar, los términos ‘falta de disposición’ o ‘falta de capacidad’ recogidos en los apartados a) y b) del art. 17(1) del ER no resultan demasiado claros. La falta de disposición a llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento de un asunto concreto se da, según el art. 17(2), en tres circunstancias: a) cuando éstas se llevan a cabo con el fin de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes recogidos en el Estatuto; b) cuando sufren una demora injustificada, incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (por ejemplo en el caso de la inexistencia de una disposición interna que tipifique esa conducta criminal por la que debería ser enjuiciado)¹¹⁷⁷ y c) cuando las actuaciones nacionales no son sustanciadas de forma imparcial e independiente ni sean compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona en cuestión ante la justicia. La falta de capacidad, por su parte, se da, según el art. 17(3), cuando las jurisdicciones nacionales no pueden hacer comparecer al acusado, no disponen de las pruebas o testimonios necesarios o no pueden llevar a cabo el juicio oral debido a un colapso total o sustancial de su administración de justicia o carecen de la misma. Son situaciones excepcionales que pueden tener lugar en el caso de ausencia de un gobierno central, de una guerra civil o de un desastre natural que provoque dicho colapso en el sistema judicial. Sin embargo, cuando no hay actividad alguna en sede nacional respecto a los crímenes que la CPI quiere investigar y juzgar resultará prácticamente imposible evitar la intervención de este tribunal.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 63

¹¹⁷⁷ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, *Derecho Internacional Penal...op. cit.*, p. 568, nota 151.

La Fiscalía realiza el examen de complementariedad a la hora de abrir una investigación preliminar y posteriormente al evaluar si solicitar una orden de arresto, y los jueces lo hacen cuando se les solicita la autorización para la apertura de una investigación o cuando se enfrentan a un caso, teniendo en cuenta, además, que no ejercen ningún control sobre la Fiscalía respecto a la discrecionalidad empleada para abrir exámenes preliminares¹¹⁷⁸. El objetivo de este principio es hacer de la CPI un instrumento de *ultima ratio* que actúe únicamente cuando los Estados no lo hacen, es decir, un principio en virtud del cual el papel de la CPI sea secundario gracias a unos sistemas nacionales comprometidos con la lucha contra la impunidad que cumplen con sus obligaciones. No obstante, si se solicita su intervención ya sea mediante una remisión estatal o del CS o si bien la Fiscalía quisiera iniciar una investigación *motu proprio*, deberá cerciorarse de ser competente y de que la situación o caso en cuestión es admisible conforme a lo dispuesto en el art. 17 del ER. Durante estos años la CPI ha venido desarrollando este principio a través de las impugnaciones de admisibilidad de casos presentadas al amparo del art. 19 del ER por los Estados y por algunos acusados al tiempo que la doctrina evaluaba inicialmente el marco teórico aplicable al principio de complementariedad y progresivamente el proceder de este tribunal¹¹⁷⁹, aunque no ha habido impugnaciones a la admisibilidad de situaciones en virtud del art. 18 del ER. Veremos que, como señala Stahn, “the Court has adopted a strongly ICC-centric vision in its existing case law. It is still in the process of identifying a proper balance between its own role and authority as a judicial body, consensual burden-sharing and deference to domestic jurisdiction”¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁸ En este sentido recordemos que el control judicial sólo se da cuando la Fiscalía quiere abrir una investigación formal tras un examen preliminar abierto *motu proprio*, pues enecesitará la autorización de la SCP.

¹¹⁷⁹ SÁNCHEZ PATRÓN, José M., “La Corte Penal Internacional y las Jurisdicciones Nacionales: dimensiones sustantiva y procesal” en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 10, 2004, pp. 79-96; JALLOH, C., “Kenya v. the ICC Prosecutor” en *Harvard International Law Journal*, vol. 53, 2012, pp. 269-285; HANSEN, Thomas O., “A critical review of of the ICC’s recent practice concerning admissibility challenges and complementarity” en *Melbourne Journal of International Law*, vol 13, nº 1, 2012, pp. 217-234; NEWTON, Michael .A., “The complementarity conundrum: are we watching evolution or evisceration?” en *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 8, nº 1, 2010, pp. 115-164; MÉGRET, F., SAMSON, M., “Holding the line on complementarity in Libya: the case for tolerating flawed domestic trials” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, nº 3, 2013, pp. 571-589; BISHOP, Anna, “Failure of complementarity: the future of the International Criminal Court following the Libyan admissibility challenge” en *Minnesota Journal of International Law*, vol. 22, nº 2, 2013, pp. 388-421; PITTS, Christopher M., “Being able to prosecute Saif Al-Islam Gaddafi: applying article 17(3) of the Rome Statute to Libya” en *Emory International Law Review*, vol. 27, nº 2, 2013, pp. 1291-1339.

¹¹⁸⁰ STAHN, Carsten, “Admissibility challenges before the ICC. From quasi-primacy to qualified deference?” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 231.

2.1. La inacción estatal como referencia inicial en el test de complementariedad

Como se ha señalado, el art. 17 muestra los escenarios en los que la CPI puede intervenir por considerar el caso admisible. Aunque una lectura superficial de esta disposición pueda llevar a pensar que esto únicamente sucede cuando los Estados o bien no tienen voluntad o bien son incapaces de actuar, la jurisprudencia de la CPI indica sin embargo, que el art. 17(1), en sus apartados (a), (b) y (c), recoge los dos escenarios principales en los que un caso será admisible mediante la aplicación de un test de construcción jurisprudencial dividido en dos partes. El primer escenario es aquél en el que no se han iniciado procedimientos en sede nacional y esto supone determinar la inexistencia de procedimientos domésticos en relación al mismo caso recogido en el acta de acusación de la Fiscalía, es decir, que la persona y la conducta imputable a ésta en sede nacional sean idénticas a las señaladas por la CPI. Únicamente cuando todos los elementos coincidan es posible declarar que el Estado en cuestión está investigando o llevando adelante procedimientos respecto del mismo caso que la CPI, por lo que ésta determinará la inadmisibilidad del mismo y dejará que sea el Estado el que dirima el asunto. En otras palabras, la inacción no se refiere únicamente a la ausencia de cualquier tipo de procedimiento nacional contra la persona imputada por la CPI, sino que también incluye los supuestos en los que las autoridades nacionales estén llevando a cabo procedimientos concretos pero que no coinciden en todos los aspectos con lo apuntado por la Fiscalía de la CPI, lo que sucede cuando bien el sujeto o la conducta imputada no coinciden miméticamente.

El segundo escenario es aquél en el que aun coincidiendo todos los elementos, y por tanto ésta determina que el Estado no está dispuesto o es incapaz de llevar a cabo los procedimientos de forma auténtica. Por tanto, sólo en este segundo supuesto—cuando el mismo caso está siendo investigado a nivel nacional—se presenta la cuestión de la falta de disposición o incapacidad nacional. Así, esta primera parte del test o el primer escenario identifica el conflicto de jurisdicciones y la segunda determina si, en el caso de tal conflicto, la naturaleza y “calidad” de los procedimientos domésticos hacen necesaria la intervención de la Corte.

Esta división del test de complementariedad puede deducirse de la lectura detenida del art. 17(1) del ER, pues vemos que para que un caso sea admisible, los jueces de la instancia

preliminar deben determinar si éste ‘es objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él’ o ‘si ha sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate’ o que ‘la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la CPI no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20’. Las referencias a procedimientos en marcha o ya concluidos muestran que la inexistencia de una investigación o procedimiento pueden conducir a la admisibilidad del caso siempre que se cumpla el requisito de gravedad del art. 17(1)(d) del ER.

Sin embargo, esta cuestión ha sido discutida en la doctrina, siendo muy destacables las opiniones contrapuestas al respecto de dos especialistas como Schabas y Robinson¹¹⁸¹. El primero defiende que la lectura de la inacción es una construcción que no se corresponde con lo dispuesto en el art. 17 del ER y se muestra muy crítico con la postura mayoritaria de obviar las cuestiones de ‘falta de voluntad’ o ‘incapacidad’ cuando se detecta una situación de inactividad, ya que pasar éstas por alto en ese escenario tiene como consecuencia—o ventaja—poder acomodar los casos que se abren fruto de las autorremisiones, sobre las cuales entiende que la cooperación del Estado implicado responde precisamente a la falta de voluntad o incapacidad de investigar y juzgar¹¹⁸². Así, Schabas señala que a pesar de que el ER aparentemente presuponga que los casos deberían ser enjuiciados por tribunales nacionales, el art. 17 se viene interpretando en la línea contraria. En lugar de insistir en que los Estados asuman sus responsabilidades, los jueces, esgrime este autor, se han mostrado satisfechos de considerar un caso admisible cuando el Estado, precisamente mediante la inacción, hace que la situación llegue a la CPI, ya que entiende que los jueces han aplicado la teoría mediante la que el análisis requerido en el art. 17 se vuelve innecesario hasta el punto

¹¹⁸¹ Para una postura contraria a que la inactividad sea fundamento para admisibilidad de un caso cumplidos los demás requisitos véase SCHABAS, William A., “The rise and fall of complementarity” en Carsten Stahn, Mohamed El Zeidy (Eds), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 150-164; ARSANJANI, Mahnoush, REISMAN, W. Michael, “The Law-In-Action of the International Criminal Court” en *American Journal of International Law*, vol. 99, n° 2, 2005, pp. 385-403. Por el contrario, a favor de esa interpretación ROBINSON, Darryl, “The ‘inaction’ controversy: neglected words and new opportunities” en Carsten Stahn, Mohamed El Zeidy (Eds), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 460-502; ROBINSON, Darryl, “The mysterious mysteriousness of complementarity” en *Criminal Law Forum*, vol. 10, n° 1, 2010, pp. 67-102; CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, pp.154-156.

¹¹⁸² SCHABAS, William A., *An introduction to the International... op. cit...*, pp. 192-193.

de permitir que el propio Estado parte pueda designar los casos que serán enjuiciados ante la CPI por rechazar él mismo dar curso a enjuiciamientos en sede nacional¹¹⁸³.

Robinson en cambio defiende precisamente la lectura de la disposición que venimos exponiendo y que es la adoptada por la CPI, en virtud de la cual, cuando un Estado es inactivo porque no da curso a ninguna investigación ni abre procedimientos contra ningún acusado señalado por la CPI, los casos serán admisibles si cumplen con el requisito de gravedad, sin necesidad de hacer ninguna determinación respecto a la falta de disposición o incapacidad del Estado en cuestión según lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 17¹¹⁸⁴.

Esta regla jurisprudencial que señala Robinson implica comenzar por examinar la inactividad o la existencia de procesos nacionales¹¹⁸⁵, pero encontramos una excepción a la misma en la decisión de la SPI II en el caso *Katanga*—el primer acusado en impugnar la admisibilidad de un caso en virtud del art. 19(2)(a) del ER y al que le siguió Jean-Pierre

¹¹⁸³ *Ibid.*, p. 193.

¹¹⁸⁴ ROBINSON, Darryl, “The mysterious mysteriousness of complementarity”, *op. cit.*, pp. 67-102.

¹¹⁸⁵ Esta ha sido la postura adoptada por los jueces de manera consistente y desde el inicio: *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision concerning Pre-Trial Chamber I’s Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo”, PTC I, 24-02-06, § 40; *ICC 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”, AC, 25-09-09, § 78; *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”, PTC II, 31-03-10, §§ 53-54; *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Corrigendum to Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges””, AC, 19-10-10, §§ 107-108; *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, PTC II, 30-05-11, §§ 44, 66; *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, PTC II, 30-05-11, §§ 48, 70; *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, AC, 30-08-11, § 40; *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, AC, § 41; *ICC Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Decision on the Confirmation of Charges”, PTC I, 08-02-10, § 29; *Situation in the Rpeublic 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”, PTC III, 03-10-11, §§ 193, 206.

La Fiscalía por su parte también ha seguido esa misma línea de interpretación que los jueces: ICC-OTP, *Informal Expert Paper for the Office of the Prosecutor for the International Criminal Court: The Principle of Complementarity in Practice* (2003), pp. 7, 8, 11; ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor* (2003), p. 5; ICC-OTP, *Report on Prosecutorial Strategy* (2006), p. 5; Moreno-Ocampo, *Statement of the Prosecutor Luis Moreno-Ocampo to Diplomatic Corps*, The Hague, Netherlands 12 February 2004, p. 2.

Bemba. La Sala no sólo no mencionó la inacción de la RDC respecto a los cargos recogidos en el acta de acusación de la Fiscalía, sino que calificó la ausencia de investigaciones en este Estado como falta de disposición:

“The provisions of article 17 of the Statute must be read in light of paragraph 10 of the Preamble and article 1 of the Statute. Read together, these provisions establish one of the fundamental principles of the Statute, namely that the Court is complementary to national criminal courts. Thus, according to the Statute, the Court may only exercise its jurisdiction when a State which has jurisdiction over an international crime is either unwilling or unable genuinely to complete an investigation and, if warranted, to prosecute its perpetrators.

(...) There is also the case of a State which may not want to protect an individual, but, for a variety of reasons, may not wish to exercise its jurisdiction over him or her. This second form of “unwillingness”, which is not expressly provided for in article 17 of the Statute, aims to see the person brought to justice, but not before national courts. The Chamber considers that a State which chooses not to investigate or prosecute a person before its own courts, but has nevertheless every intention of seeing that justice is done, must be considered as lacking the will referred to in article 17”¹¹⁸⁶.

Sin embargo, la SA, aunque avaló la decisión de la SPI II y declaró admisible el caso de Katanga, corrigió esa interpretación previa y manifestó de manera muy clara la importancia de la inacción estatal como elemento determinante en el análisis de admisibilidad de un caso:

“(…) in considering whether a case is inadmissible under article 17(1) (a) and (b) of the Statute, the initial questions to ask are (1) whether there are ongoing investigations or prosecutions, or (2) whether there have been investigations in the past, and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned. It is only when the answers to these questions are in the affirmative that one has to look to the second halves of sub-paragraphs (a) and (b) and to examine the question of unwillingness and inability. To do otherwise would be to put the cart before the horse. It follows that in case of inaction, the question of unwillingness or inability does not arise; inaction on the part of a State having jurisdiction (that is, the fact that a State is not investigating or prosecuting, or has not done so) renders a case admissible before the Court, subject to article 17 (1) (d) of the Statute”¹¹⁸⁷.

A pesar de compartir la opinión de aquéllos que sostienen esta interpretación del art. 17(1), según la cual determinar si existen o no investigaciones o procedimientos nacionales debe ser necesariamente el primer paso en el test de admisibilidad, su desarrollo en la práctica no está exento de polémica. Además de lo señalado por Schabas, que consideramos que identifica uno de los principales defectos de la puesta en práctica del principio de complementariedad, este sistema puede tener importantes desventajas desde la perspectiva del acusado. Tal y como ha apuntado Stahn “The *Katanga* jurisprudence has some curious ramifications for the

¹¹⁸⁶ ICC Prosecutor v. Germain Katanga, “Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)”, TC II, 16-6-09, §§ 74, 77.

¹¹⁸⁷ ICC Prosecutor v Germain Katanga, “Admissibility Judgment”, AC, 25-9-09, § 78. Sobre esta decisión véase BATROS, Ben, “The judgment on the *Katanga* admissibility appeal: judicial restraint at the ICC” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2010, pp. 343-362; JACOBS, Dov, “The importance of being earnest: the timeliness of the challenge to admissibility in *Katanga*” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2010, pp. 331-342.

defendant. Admissibility turns into a ‘catch-22’ for the defendant in situations in which a state (self)-refers a situation to the Court and remains voluntarily inactive. The admissibility challenge under Article 19(2) becomes virtually impotent in such circumstances, since there is no alternative domestic forum”¹¹⁸⁸. Esto significa que si un Estado permanece inactivo, tanto antes como después de remitir la situación a la CPI, pese a tener la obligación de reprimir, al menos, los crímenes internacionales cometidos en su territorio en virtud del derecho convencional o consuetudinario, el individuo imputado que se oponga a ser juzgado por la CPI poco puede hacer para impugnar la admisibilidad de su caso satisfactoriamente, dado que la CPI no dispone de herramientas para forzar a los Estados a actuar¹¹⁸⁹. Por este motivo, cuando un Estado, sea cual sea la razón, no ejerce su jurisdicción penal frente violaciones graves de derechos humanos sobre las que es competente, o como en este caso, finaliza los procedimientos internos abiertos en su contra y lo entrega a la CPI en cumplimiento de una orden de arresto para que sea ésta quien se encargue de su caso, este tribunal no tiene alternativa y puede verse obligado a actuar para reducir en la medida de lo posible la impunidad en esa situación¹¹⁹⁰.

En el caso *Katanga*, este acusado esgrimió que su caso no podía ser admisible debido a que la RDC no estaba cumpliendo con su deber de juzgarlo en sede nacional, es decir, que independientemente de la conclusión que llevase a los jueces a determinar que la RDC estaba siendo inactivo respecto a su caso, la SA debía abordar la ausencia de voluntad o disposición o la incapacidad del Estado en relación a la obligación de ejercer la jurisdicción penal interna. El acusado estaba cuestionando, en definitiva, la práctica de las autorremisiones, y de alguna manera ponía sobre la mesa la ligereza con la que la CPI viene aceptándola. Pese a que esta alegación fue rechazada por la Sala, estos hechos ponen de manifiesto la complejidad de la aplicación práctica de este test y las controversias y limitaciones reales derivadas del mismo en el contexto de las autorremisiones:

“The Appeals Chamber is also not convinced by the Appellant's argument that he should be allowed to raise, in the context of admissibility proceedings, an alleged violation by the DRC of its obligation, under

¹¹⁸⁸ STAHN, Carsten, “Perspectives on *Katanga*: an introduction” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2010, p. 317. En la misma línea BITTI, Gilbert, EL ZEIDY, Mohamed, “The *Katanga* Trial Chamber Decision: selected issues” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2010, p. 329.

¹¹⁸⁹ Otra cuestión es la responsabilidad internacional del Estado que podría derivar del incumplimiento de dichas obligaciones.

¹¹⁹⁰ BATROS, Ben, *op. cit.*, pp. 355, 357.

international law, to prosecute international crimes. To start with, it is questionable whether the Appellant is entitled to raise a purported breach of the State's "duty to prosecute" him.

A challenge to admissibility under article 19 (2) (a) of the Statute is not the mechanism under which to raise alleged violations of the rights of the accused in the course of the prosecutorial process. It is a limited procedure that triggers the relevant Chamber's powers to determine the admissibility of the case under article 17 of the Statute. Unless alleged prejudices and violations are relevant to the criteria of article 17 of the Statute, they cannot render a case inadmissible¹¹⁹¹.

Así, en opinión de la SA, poco importaba la lectura hecha por la SPI II en relación a la falta de voluntad o disposición de la RDC en el presente caso, dado que en el momento en que se dirimía la cuestión de la admisibilidad no había ningún proceso nacional en marcha contra Katanga que los jueces debieran valorar, puesto que el Estado le había puesto fin previa entrega del acusado a la CPI y, por tanto, se confirmaba una situación de inactividad. Además, los jueces de apelación señalaron la renuncia o cesión del caso *Katanga* por las autoridades nacionales en favor de la CPI como una forma posible de cumplir su obligación de ejercer la jurisdicción penal, y añadieron que no cabía prohibir este tipo de prácticas estatales por entender que una prohibición general de la cesión de la jurisdicción no sería la herramienta adecuada para impulsar el cumplimiento de los Estados de su obligación de ejercer la jurisdicción penal debido a que la CPI no puede obligar a los Estados a actuar ni tiene instrumentos para ello. En este sentido, expresaron que asumir que un Estado que no ha abierto una investigación en un caso particular o que no ha juzgado al acusado en cuestión va a hacerlo sólo por el mero de hecho de que la CPI declare el caso inadmisibile sería especular demasiado y no podría afirmarse que esa situación fomentaría la actividad estatal, sino más bien todo lo contrario¹¹⁹². Como decimos, esta lectura es compatible con el ER porque nada en él dispone lo contrario, aunque sea una práctica dudosa en el caso de sistemas nacionales de justicia que funcionan sin mayores dificultades, y desde luego, también una práctica que puede tener por objeto el desentendimiento por parte de los Estados de casos complejos en sede nacional por la falta de interés en llevar a cabo procedimientos que refuercen y mejoren el sistema penal nacional, trasladando a la CPI la responsabilidad de investigar y juzgar los casos que ella estime deberían derivarse de la investigación de la situación remitida para eludir la impunidad.

¹¹⁹¹ *ICC Prosecutor v Germain Katanga*, "Admissibility Judgment", AC, 25-09-09, §s 112-113.

¹¹⁹² *Ibid.*, §s 85-86.

2.1.1. El concepto del ‘mismo caso’ y la construcción del test de la ‘misma persona/misma conducta’

El primer concepto que debe analizarse para concluir si hay o no inacción por parte del Estado en cuestión es el conocido ‘same person, same conduct test’ que ha estado presente desde la más temprana jurisprudencia de la CPI y que se refiere, como ya se ha adelantado, a la semejanza que deben guardar el caso abierto en su sede y el sometido a la jurisdicción nacional, debiendo cubrir ambos la misma persona y la misma conducta¹¹⁹³. Este test resulta de vital importancia en la práctica, puesto que algunos de los primeros imputados estaban siendo sometidos a procedimientos nacionales de algún tipo.

La piedra angular de esta primera parte del test es por tanto la definición de ‘caso’, es decir, lo que los jueces y la Fiscalía vienen interpretando y entendiendo como tal para determinar cuándo un proceso nacional puede equipararse a uno ante la Corte¹¹⁹⁴. La primera vez que se aplicó el concepto fue cuando la SCP evaluó de oficio la admisibilidad del caso *Lubanga* con el fin de decidir si emitir o no una orden de arresto en su contra. La Sala consideró que su caso era admisible porque el Estado estaba siendo inactivo en relación a este acusado¹¹⁹⁵, es decir, inactivo respecto al caso al que pretendía darse inicio ante la CPI. Para llegar a esta conclusión dividió el análisis en dos partes: *misma persona* y *misma conducta*. Así pues, los jueces señalaron que “it is a *conditio sine qua non* for a case arising from the

¹¹⁹³ RASTAN, Rod, “Situations and case: defining the parameters”, in Carsten Stahn, Mohamed M. El Zeidy (Eds). *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Vol. I, Cambridge University Press, 2011, pp. 438-445; El ZEIDY, Mohamed M., “The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law” en *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, n° 4, 2002, pp. 930-940.

¹¹⁹⁴ La primera alusión al concepto ‘caso’ y a su contenido, así como a la diferencia con una ‘situación’, la realizó la SCP I respect a la situación abierta en la RDC: “The Chamber considers that the Statute, the Rules of Procedure and Evidence and the Regulations of the Court draw a distinction between situations and cases in terms of the different kinds of proceedings, initiated by any organ of the Court, that they entail. Situations, which are generally defined in terms of temporal, territorial and in some cases personal parameters, such as the situation in the territory of the Democratic Republic of the Congo since 1 July 2002, entail the proceedings envisaged in the Statute to determine whether a particular situation should give rise to a criminal investigation as well as the investigation as such. Cases, which comprise specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects, entail proceedings that take place after the issuance of a warrant of arrest or a summons to appear. (Decision on the application for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, PTC I, 17 January 2006, § 65.)

¹¹⁹⁵ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Prosecutor’s application for a warrant of arrest, article 58”, PTC I, 10-2-2006, § 31.

investigation of a situation to be inadmissible that national proceedings encompass both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court”¹¹⁹⁶.

Por aquel entonces, en la RDC pesaban cargos de genocidio, crímenes contra la humanidad, asesinato, detención ilegal y tortura contra este individuo. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de comentar previamente, la Fiscalía de la CPI le acusó del crimen de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años para hacerlos partícipes activos en las hostilidades. Al comparar los cargos, la Sala sostuvo que aunque se tratara del mismo acusado, como a nivel nacional éste no había sido imputado con ese crimen de guerra, la RDC no estaba actuando sobre el mismo caso¹¹⁹⁷ y por ende, el asunto era admisible¹¹⁹⁸. De esta decisión podía extraerse que por ‘misma conducta’ los jueces entendían ‘mismo comportamiento’, es decir, que acusado y conductas imputadas debían coincidir para que la CPI considerase el caso inadmissible y se inhibiera a favor del Estado. Esta decisión recibió críticas porque de alguna manera ignoraba la gravedad de los crímenes imputados a nivel nacional¹¹⁹⁹. Sin embargo, éste es el esquema que desde entonces ha seguido la jurisprudencia de la CPI.

De manera similar, el citado caso *Katanga*, por ejemplo, detenido por genocidio y crímenes contra la humanidad, también fue considerado admisible por la SCP II tras entender que los cargos nacionales, aunque parecidos, no eran los mismos que los recogidos en el acta de acusación de Moreno-Ocampo¹²⁰⁰. Al impugnar la admisibilidad, la Defensa, además de considerar, como ya hemos comentado, que el enfoque de la SCP era erróneo porque en la práctica suponía otorgar primacía a la CPI en lugar de promover investigaciones y juicios nacionales, propuso una metodología alternativa que consistía en un test de gravedad comparativa, según el cual el umbral de admisibilidad sólo se cumpliría si el alcance de las investigaciones ante la CPI excedieran significativamente del alcance de las nacionales en

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, § 39.

¹¹⁹⁸ La sala determinó que además de no haber actividad por parte de la RDC respect al mismo caso, éste era lo suficientemente grave para declarar el caso admisible.

¹¹⁹⁹ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, pp. 155-156; HANSEN, Thomas O., “A critical review of the ICC’s recent practice...”, *op. cit.*, p. 223; SCHABAS, William A., “Complementarity in practice: some uncomplimentary thoughts” en *Criminal Law Forum*, vol. 19, nº 1, 2008, p. 11.

¹²⁰⁰ Su caso fue declarado admisible tanto por la SPI como por la SA. En el caso contra Mathieu Ngudjolo Chui la SCP siguió este mismo razonamiento para emitir una orden de arresto en su contra: *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui”, PTC I, 06-07-07, § 21.

cuanto a su gravedad, pero la SA no aprobó este razonamiento y confirmó el ‘same person, same conduct test’¹²⁰¹.

En este sentido, cabe cuestionar seriamente la aplicación de este estándar, pues en la práctica vemos que más que de un papel complementario, dota a la CPI de un papel prioritario, mediante el cual ésta puede rechazar cualquier procedimiento nacional que no sea idéntico al planteado por la Fiscalía de la CPI. Esta práctica limita la capacidad de los Estados de ejercer su *ius puniendi*—a pesar de lo imperfecto que éste pueda ser—debido a la aplicación tan rígida que se está haciendo del principio de complementariedad. Además, en los casos expuestos los cargos nacionales eran iguales o incluso más graves que los imputados por la Fiscalía, lo que a nuestro juicio debiera haber sido motivo suficiente para permitir a las autoridades nacionales continuar con los procedimientos, acompañando éstos con un sistema de seguimiento o vigilancia por parte de la CPI. De esta manera, en virtud de una aplicación flexible del principio de complementariedad—pues resulta imposible hablar de una única aplicación correcta dadas las múltiples complejidades que acompaña a cada caso— la CPI sólo debería de haber tenido la posibilidad de dar continuidad a los casos en La Haya si tras la supervisión de estos procesos nacionales concluyera que realmente no se estaban desarrollando y que no había intención alguna o capacidad por parte del Estado de poner fin a la impunidad.

a. Incidentes específicos objeto de la investigación

La Fiscalía y la SCP aplicaron el mismo test de nuevo en relación a la situación de Darfur cuando Moreno-Ocampo solicitó una orden de comparecencia para Ali Kushayb, un individuo que estaba siendo investigado en Sudán por la presunta comisión de actos de asesinato, secuestro, pillaje y destrucción de la propiedad, cargos que no coincidían completamente con los imputados por la Fiscalía. Según Moreno-Ocampo dicha investigación no incluía las conductas de violación, tortura, traslado forzoso o persecución que su Oficina le imputaba¹²⁰², lo que daba pie a concluir, siguiendo la práctica anterior, que no se trataba del mismo caso. Junto con esta determinación, este órgano rescató un concepto que la SCP I había estrenado en enero de 2006 al definir el concepto de ‘caso’: “[C]ases, which comprise specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been

¹²⁰¹ STAHN, Carsten, “Admissibility challenges before the ICC...” *op. cit.*, p. 233.

¹²⁰² *Situation in Darfur, the Sudan*, “Prosecutor’s Application under Article 58(7)”, PTC I, 27-02-07, § 266.

committed by one or more identified suspects, entail proceedings that take place after the issuance of a warrant of arrest or a summons to appear”¹²⁰³. Así, el exfiscal explicó que los procedimientos nacionales no versaban sobre los mismos incidentes y que abarcaban una variedad menor de conductas que el caso ante la CPI, aunque no llegó a definir lo que entendía por ‘incidentes’¹²⁰⁴.

En su decisión sobre la emisión de la orden de arresto, la SCP I declaró que el caso era admisible pero tampoco analizó ni desarrolló el citado concepto de ‘incidente’ señalado por la Fiscalía, simplemente se limitó a repetir la definición de ‘caso’ expuesta en el asunto contra Lubanga¹²⁰⁵, por lo que parecía dar por correcta esa formulación de ‘caso’ hecha por la Fiscalía. Además, dado que Sudán no ha reconocido en ningún momento la competencia de la CPI ni se ha pronunciado respecto a ninguno de los casos abiertos ante ella, no ha habido disputas sobre la cuestión entre este Estado y los órganos del tribunal que hayan dado pie a concretar el significado de términos como ese¹²⁰⁶. Posteriormente, en relación a la situación en la República Centroafricana los jueces mantuvieron esta misma línea de interpretación en el caso *Bemba* al tratar la admisibilidad del mismo¹²⁰⁷.

A diferencia de los casos anteriores, el concepto de ‘incidente’ cobró mayor importancia en relación a la situación en Libia, donde la Fiscalía centró los casos en los eventos desarrollados entre el 15 y 28 de febrero de 2011. Una gran parte de los cargos imputados a los acusados se concentró en la política de represión desarrollada en respuesta al levantamiento de la población civil. Con el fin de demostrar la aplicación de dicha política, la Fiscalía identificó

¹²⁰³ *Situation in the Democratic Republic of Congo*, “Decision on the Applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6”, PTC I, 17-01-06, § 65.

¹²⁰⁴ *Situation in Darfur, the Sudan*, “Prosecutor’s Application under Article 58(7)”, PTC I, 27-02-07, § 267.

¹²⁰⁵ *ICC Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, “Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute”, PTC I, 27-04-07, § 24: “The Chamber is of the view that for a case to be admissible, it is a condition *sine qua non* that national proceedings do not encompass both the person and the conduct which are the subject of the case before the Court.”

¹²⁰⁶ Informe del Consejo de Seguridad del 5 de junio de 2008, UN Doc. S/PV.5905, p. 2. Disponible en: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Sudan%20SPV5905.pdf> (última visita 18-05-17).

¹²⁰⁷ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo”, PTC III, 10-6-2008, § 16: “The Chamber furthermore considers that a “case includes ‘specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects’”, and that a “case arising from the investigation of a situation will fall within the jurisdiction of the Court only if the specific crimes of the case do not exceed the territorial, temporal and possibly personal parameters defining the situation under investigation and fall within the jurisdiction of the Court.”

los ataques llevados a cabo por las Fuerzas de Seguridad del Estado durante ese período principalmente en las ciudades de Trípoli, Misrata y Benghazi¹²⁰⁸. Fue concretamente en la instancia de apelación del caso *Al-Islam Gaddafi* donde el debate en torno al concepto fue más destacable y donde la SA definió un ‘incidente’ de la siguiente manera: “‘Incident’ is understood as referring to a historical event, defined in time and place, in the course of which crimes within the jurisdiction of the Court were allegedly committed by one or more direct perpetrators. The exact scope of an incident cannot be determined in the abstract. What is required is an analysis of all the circumstances of a case, including the context of the crimes and the overall allegations against the suspect”¹²⁰⁹. Así pues, la SA consideraba ‘incidentes’, entre los muchos otros señalados por la Fiscalía, el presunto asesinato a 60 manifestantes por parte de las Fuerzas de Seguridad el 20 de febrero de 2011 en Benghazi o el presunto asesinato de al menos 50 manifestantes en el área de Ben Ashour de la mano de las Fuerzas de Seguridad en Trípoli.

La SA se preguntaba hasta qué punto debe demostrarse que los mismos incidentes deben estar bajo investigación ante la CPI y en sede nacional considerando que la conducta alegada en esos incidentes es parte integral de caso contra el individuo¹²¹⁰. En respuesta, observó que lo que constituye ‘un mismo caso’, a efectos del art. 17(1)(a) del ER, y especialmente respecto al cual debe haber una similitud o solapamiento en lo que a la investigación de la conducta descrita en los incidentes bajo investigación imputada al acusado se refiere, dependerá de los hechos específicos del caso, no siendo posible establecer una regla general para regular esta cuestión¹²¹¹. Así pues, la SA parece entender que si la CPI imputa a un individuo un crimen contra la humanidad, cometido en un contexto de multiplicidad de incidentes, deberá comprobarse cuáles son los incidentes que abarcan las investigaciones en ambas sedes para corroborar si coinciden los actos por los que se le acusa. Esta decisión confirma que la selección de los incidentes continúa siendo una cuestión importante y compleja, dando a entender que es probable que la similitud de los mismos sea lo que determine si se trata o no del mismo caso.

¹²⁰⁸ *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya*, “Decision on the ‘Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi””, PTC I, 27-06-11, §s 36-41.

¹²⁰⁹ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, AC, 21-05-14, § 62.

¹²¹⁰ *Ibid.*, § 70.

¹²¹¹ *Ibid.*, § 71.

b. Investigar sustancialmente la misma conducta

En la situación en Kenia, el gobierno impugnó la admisibilidad de los casos ante la CPI sobre la base de este test pero centrándose en el primer requisito, el de la misma persona, siendo esta la única ocasión hasta la fecha en la que esta parte del test ha sido cuestionada. El gobierno no cuestionó que la conducta a juzgar debiera ser la misma pero sí que los sujetos debieran serlo, es decir, en su opinión lo que debía ser relevante a la hora de determinar si se está ante el mismo caso es que las personas objeto de la investigación estén dentro del mismo nivel jerárquico, sin necesidad de que sean exactamente las mismas en ambas instancias¹²¹². Sin embargo, tanto la instancia preliminar como la de apelación desestimaron esa alegación, declarando que el test debe comprender necesariamente las mismas personas¹²¹³. No obstante, pese a estimar correcto el análisis del test hecho por la sala preliminar, la SA transformó el concepto de ‘conducta’ en ‘sustancialmente la misma conducta’. Así los jueces de apelación dispusieron que los elementos que definen un caso concreto ante la CPI son el individuo y la conducta alegada y para que éste sea inadmisibile bajo el art. 17(1)(a) del ER el procedimiento nacional debe cubrir la misma persona y *sustancialmente* la misma conducta¹²¹⁴. Sin embargo, los jueces no explicaron qué querían decir con ese nuevo término ni cuál era el motivo por el que transformaban ligeramente el test aplicado hasta entonces y tampoco las partes discutieron esta cuestión.

¹²¹² *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang And Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to article 19 of the ICC statute, § 32: “The Government accepts that national investigations must, therefore, cover the same conduct in respect of persons at the same level in the hierarchy being investigated by the ICC. The Kenyan national investigative processes do extend to the highest levels for all possible crimes, thus covering the present cases before the ICC.”

¹²¹³ *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang*, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, PTC II, 30-05-11, § 56; *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, PTC II, 30-05-2011, § 52; *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang*, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, AC, 30-08-11, §§ 40-41; *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, AC, 30-8-2011, §§. 39-40.

¹²¹⁴ *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang*, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, AC, 30-8-11, § 40. La cursiva es nuestra.

Como explica Nouwen, este nuevo requisito de que las conductas sean sustancialmente las mismas en sede nacional y ante la CPI podría implicar que, para que una impugnación de admisibilidad de un caso sea exitosa, ésta debe demostrar la existencia de investigaciones o procedimientos nacionales sobre las mismas conductas, pero no necesariamente sobre el mismo crimen, es decir, no es necesario que la calificación jurídica en ambas instancias coincida¹²¹⁵. Lo cierto es que esta lectura parece encajar con lo recogido en el art. 20(3) del ER, que dispone que la CPI “no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los arts. 6, 7, 8 y 8 *bis* a menos que el proceso en el otro tribunal...”. Así, el uso del término ‘hechos’ contrasta claramente con el de ‘crimen’ empleado en el art. 20(2): “Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la CPI ya le hubiere condenado o absuelto”. En este sentido, que un fiscal nacional califique unos mismos hechos de forma diferente a la Fiscalía de la Corte, calificándolos por ejemplo como un crimen internacional distinto o como un delito común, no debería dar lugar a la admisibilidad del caso siempre que se esté tratando de la misma conducta y comportamiento¹²¹⁶, algo que como veremos ya ha sido confirmado por la jurisprudencia de la CPI en los casos libios y que consideramos más en línea con lo que se espera del principio de complementariedad porque supone ceder cierta capacidad de decisión y actuación a las autoridades nacionales y al mismo tiempo permite que su sistema judicial se responsabilice y fortalezca.

La expresión ‘sustancialmente la misma conducta’ acuñada por la SA en Kenia fue aplicada de nuevo en el caso *Al-Islam Gaddafi*. Así, al valorar el contenido de las investigaciones libias la SCP retomó el ‘same person/substantially the same conduct test’ y resolvió que “the determination of what is ‘substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court’ will vary according to concrete facts and circumstances of the case, and, therefore, requires a case-by-case analysis”¹²¹⁷.

¹²¹⁵ NOUWEN, Sarah M. H., *Complementarity in the line of fire*, *op. cit.*, p.49. Esta interpretación sería confirmada después por los jueces en el caso *Al-Islam Gaddafi*.

¹²¹⁶ *Ibid.*, p. 50. Esta interpretación resulta coherente si consideramos que a diferencia de los estatutos de los tribunales *ad hoc* el ER no dispone la obligación por parte de la Corte de juzgar a aquéllos cuyos hechos hayan sido calificados y enjuiciados como crímenes comunes a nivel nacional (TIPY, art 10(2)(a), TIPR art 9(2)(a)).

¹²¹⁷ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, PTC I, 31-05-13, §§ 73-77.

En definitiva, de la construcción jurisprudencial en torno a lo que debe entenderse por un mismo caso ante tribunales nacionales y ante la CPI se extrae que éste debe referirse a las mismas personas, sustancialmente a las mismas conductas—independientemente de su calificación jurídica— y a los mismos incidentes. Lo importante es por tanto que los procedimientos nacionales se refieran sustancialmente a la misma conducta prohibida en el ER (asesinato o violación) en relación al mismo contexto fáctico que el considerado por la CPI (mismo período de tiempo y lugar) y que ésta sea imputada a los mismos individuos señalados por la CPI.

2.1.2. Consecuencias de la aplicación del test a nivel estatal

Tras el análisis del ‘same person, same conduct test’ y de los elementos que lo componen vemos que al trasladar este esquema a la práctica surgen controversias de gran calado desde la perspectiva de la soberanía estatal y la propia interrelación entre Estados y CPI, así como incongruencias interpretativas. La principal tiene que ver con el nivel de discrecionalidad que tienen los fiscales nacionales sobre los elementos específicos que deben incluir en el acta de acusación para que el caso sea inadmisibile para la CPI. Si el test se aplica de forma rígida, el principio de complementariedad queda desvirtuado, porque al ser excepcionalmente complejo que se correspondan la persona, los incidentes y la conducta en ambas instancias—algo que en aplicación del principio de complementariedad corresponde a la CPI valorar—, también será prácticamente imposible que concurren ambas jurisdicciones sobre el mismo ‘caso’. En este escenario no habría necesidad de aplicar una norma de prioridad porque los casos nacionales nunca llegarían a considerarse válidos ante la CPI a efectos de inadmisibilidad¹²¹⁸. Al mismo tiempo esta rigidez deja a las autoridades fiscales nacionales un escaso margen en el cumplimiento del objetivo principal del ER, poner fin a la impunidad por los crímenes internacionales, en este caso mediante la represión nacional de los mismos.

Como ya hemos adelantado, el origen de este test se sitúa en las autorremisiones, contextos en los que el papel de la CPI difícilmente colisionaría con los intereses del Estado remitente a menos que las investigaciones apuntaran al gobierno (conocido como la teoría de la

¹²¹⁸ En este sentido, Stahn considera que: “The Court has adopted an ICC centred definition of the notion of a ‘case’ in its first jurisprudence”, STAHN, Carsten, “Libya, the International Criminal Court and complementarity” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, nº 2, 2012, p. 28.

uncontested admissibility desarrollada por la Fiscalía a raíz de los primeros casos abiertos)¹²¹⁹. Se trataba de situaciones en las que las autoridades nacionales decidieron no ejercer su jurisdicción penal para que en su lugar fuera la CPI quien investigara y enjuiciara los casos derivados de las situaciones remitidas, lo que no originaba grandes disputas respecto al principio de complementariedad entre ambas instancias¹²²⁰. Y es que mientras el foco no se dirija al aparato estatal, los Estados remitentes no iban a cuestionar ni a impugnar los casos seleccionados por la Fiscalía aunque hubiera procedimientos nacionales en marcha sobre los mismos individuos. Así pues, cuestión bien distinta es, como apunta la jueza Ušacka, cómo debería tratar la CPI los casos derivados de las autorremisiones desde la perspectiva del deber de los Estados de perseguir a los responsables de los crímenes internacionales¹²²¹, más aún cuando los individuos impugnan la admisibilidad de sus casos—cuestión que señaló en términos similares el propio acusado Katanga—, teniendo en cuenta que este tribunal no puede obligar a un Estado a actuar y que depende en última instancia de la voluntad y cooperación de los Estados para la apertura de diligencias. En este sentido, compartimos plenamente la reflexión crítica de Jacobs sobre esta cuestión:

“I believe that the ICC probably too easily accept the inactivity of states as being acceptable, especially if the idea is to responsabilise states in terms of their primary international duty to prosecute international crimes. To be clear, I agree that legally speaking, this is perfectly in line with the language of the Rome Statute and in this sense I am in agreement with Darryl Robinson’s reading of Article 17: inactivity simply makes a situation/case admissible. But that does not mean that the judges need to present this inactivity in a positive way or refuse to note the cynical use of the Court by States”¹²²².

Ésta es la situación a la que la CPI ha debido enfrentarse en los primeros años de trabajo en los que recibió de buen grado las remisiones de los propios Estados sin cuestionar el deber de éstos de investigar y procesar a los responsables y su dejadez o falta de compromiso en la lucha contra la impunidad. En relación a Lubanga sabemos que en sede nacional pesaban sobre él cargos mucho más graves que los imputados por la Fiscalía y sin embargo esto no fue

¹²¹⁹ KRESS, Claus, “‘Self-referrals’ and ‘waivers of complementarity’: some considerations in law and policy” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n° 2, pp. 944-948; GAETA, Paola, “Is the practice of ‘self-referrals’ a sound start for the ICC?” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n° 2, pp. 949-952; KLEFFNER, Jann K., “Auto-referrals and the complementary nature of the ICC” en Carsten Stahn, Göran Sluiter (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp.41-53; SCHABAS, William A., *An introduction to the... op. cit.*, pp. 102-103.

¹²²⁰ ICC Dissenting Opinion Judge Anita Ušacka, Appeals Chamber Judgment 21 May 2014 *on the admissibility of the case against Saif al Islam Gaddafi* § 22. De hecho había procesos abiertos contra todos ellos en sede nacional pero éstos fueron suspendidos en cuanto fueron entregados a la Corte.

¹²²¹ *Ibid.*, nota 43.

¹²²² JACOBS, Dov, “The ICC and complementarity: a tale of false promises and mixed up chameleons” en *Post-Conflict Justice blog*, publicado el 11-12-14. Disponible en: <http://postconflictjustice.com/the-icc-and-complementarity-a-tale-of-false-promises-and-mixed-up-chameleons/> (última visita 18-05-17).

motivo para determinar que el caso era inadmisibile, consciente la Fiscalía, además, de que una impugnación de la admisibilidad sería improbable dada la diferente naturaleza de los crímenes imputados en sede nacional y de la voluntad del Estado de dejar en manos de la CPI los casos que pudieran surgir de la autorremisión¹²²³. En este sentido, consideramos que pese a la gravedad del crimen imputado ante la CPI, el caso *Lubanga* no debería de haber sido seleccionado—no al menos sin antes realizar una monitorización más rigurosa del desarrollo del proceso nacional— y que los recursos deberían de haberse invertido en la apertura de otro caso de igual o mayor gravedad sobre el que no hubiera constancia de investigaciones ni procedimientos nacionales, dado que el extenso escenario de violencia en la RDC ofrecía sin duda a la Fiscalía la posibilidad de centrar la atención en casos de mayor entidad que estuvieran siendo ignorados por las autoridades.

En virtud de este *modus operandi* de la CPI un Estado sólo puede evitar la intervención de ésta si investiga a todas las personas, conductas e incidentes posibles, ya que siempre que la Fiscalía se proponga llevar adelante un caso podrá hacerlo seleccionando personas, conductas, incidentes y formas de responsabilidad concretas que no hayan sido cubiertas por el procedimiento nacional¹²²⁴. De esta manera, una vez activada la competencia de la Corte, el Estado implicado que quiera evitar su intervención pierde la discrecionalidad respecto a los

¹²²³ En este sentido, compartimos plenamente la reflexión de Schabas: “where an accused person is also being prosecuted by national authorities, it seems improper to reduce the determination of admissibility to a mechanistic comparison of charges in the national and international jurisdictions, in order to see whether a crime contemplated by the Rome Statute is being prosecuted directly or even indirectly. It must involve an assessment of the relative gravity of the offences tried by the national jurisdiction put alongside those of the international jurisdiction. Recruitment of child soldiers is serious enough, but maybe Lubanga was being prosecuted in Congo for large-scale rape and murder. We were simply not given this information in the Court’s ruling, and it seems important” en SCHABAS, William A., *An introduction to the... op. cit.*, p. 197.

¹²²⁴ KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and national... op. cit.*, p. 201. En el caso contra Katanga, la Defensa también se expresó en términos similares criticando la incorrecta aplicación del test: “The Defence submits that the ‘same conduct’ test as developed and applied by the ICC Pre-Trial Chamber is the wrong test. It amounts to primacy. The following example helps demonstrates the point. Suppose an individual is accused of participating in unlawful attacks on ten villages, and each attack amounts to crimes against humanity. Under the currently prevailing test he could be investigated and prosecuted at the national level for his part in the attacks on villages one to nine; the ICC Prosecutor could then commence an investigation for village number ten which would be regarded as admissible under Article 17 as it is not the same conduct as features in the national proceedings. This would be, the Defence submits, inconsistent with the drafters’ intentions. It is also ‘primacy’ because, given scarce investigative resources and the extent of international crime, a selection in investigation and prosecution is inevitable. The ICC Prosecutor could, in many instances, be in a position to put an end to serious investigations and prosecution at the national level, and for what reason? There would be no functional reason as it would merely substitute bona fide national proceedings for investigations which are just as selective - in some cases, even more selective. It is to be noted that in the present case the accused was investigated for a far wider range of alleged events.” *ICC Prosecutor v. Germain Katanga*, “Motion challenging the admissibility of the case by the Defense of Germain Katanga, pursuant to Article 19(2) of the Statute”, TC II, 11-03-11, § 39.

procedimientos a iniciar o a continuar, y en consecuencia pierde su primacía¹²²⁵, haciendo que las impugnaciones estatales resulten prácticamente infructuosas. Como acertadamente expone Stahn “the ‘sameness’ test as a whole embraces a specific reading of complementarity. It supports the vision of ICC investigations and prosecutions as a ‘role-model’ for domestic cases. Promoting ‘preference’ for national proceedings, and encouraging domestic investigations and prosecutions, becomes a secondary consideration”¹²²⁶.

De hecho, esta aplicación estricta del test beneficia a los Estados que han remitido sus propias situaciones dejando que sea la CPI quien decida qué y a quién investigar sin ponerle al tribunal grandes obstáculos, ya que ellos, o bien permanecen inactivos o bien no presentan ningún impedimento ante los casos seleccionados por la Fiscalía. Es por tanto en el contexto de las autorremisiones cuando la impugnación de la admisibilidad por parte de los acusados se convierte en un intento de difícil éxito. El conflicto entre la CPI y los Estados se da precisamente cuando aquélla interviene sin el beneplácito de éstos, escenarios como los de Kenia y Libia, en los que los Estados han impugnado la admisibilidad de los casos o cuando tras haberse sometido a la CPI, como en el caso de Costa de Marfil, el Estado decide posteriormente llevar adelante procedimientos en sede nacional.

No obstante, pese a estas complejidades prácticas debe señalarse que el art. 18 del ER¹²²⁷ trata de anticiparse a estas cuestiones. Así, antes de que la Fiscalía decida abrir una

¹²²⁵ NOUWEN, Sarah M. H., *Complementarity in the line of fire*, op. cit., pp. 51-53. Heller ilustra a la perfección esta controvertida cuestión en su artículo “A sentence-based theory of complementarity” en *Harvard Journal of International Law*, vol. 53, nº 1, 2012, pp. 85-133.

¹²²⁶ STAHN, Carsten, “Admissibility challenges before the ICC...” op. cit., p. 244.

¹²²⁷ “Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad

1. Cuando se haya remitido a la Corte una situación en virtud del artículo 13 a) y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación, o el Fiscal inicie una investigación en virtud de los artículos 13 c) y 15, éste lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados.

2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la SCP decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación.

3. El Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la inhibición o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo.

investigación formal de la que derivarán los posibles casos, ésta informará a los Estados afectados y éstos dispondrán del plazo de un mes desde la notificación para informar a la Fiscalía de los procesos internos que están llevando a cabo en relación a la información proporcionada. Al hilo de esta cuestión no puede olvidarse que el inicio del examen preliminar generalmente precede con bastante antelación a la notificación de la apertura de una investigación, de forma que el Estado afectado por una investigación podía intuir fácilmente los hechos que la CPI estaba valorando, así como los hechos y crímenes sobre los que la Fiscalía construía una investigación. En otras palabras, cuando no se trata de remisiones estatales sino de investigaciones iniciadas *motu proprio* el Estado afectado probablemente haya tenido el tiempo suficiente para preparar sus propias investigaciones en el caso de tener la voluntad y la capacidad de hacerlo, y probar así a la Fiscalía que su intervención sería innecesaria mediante la activación del mecanismo que ofrece el art. 18. Si bien hasta ahora no se ha hecho uso de él, resulta difícil que, en escenarios como el de Kenia, los Estados se sorprendan cuando la Fiscalía les informe sobre su decisión de abrir una investigación y que finalmente lo haga sin haber mostrado éstos oposición alguna previamente, ya que, salvo en los casos abiertos en relación a las situaciones remitidas por el CS¹²²⁸, los Estados gozan de un amplio margen temporal para perfilar sus investigaciones y sus casos y adaptarlos a lo dispuesto por la CPI.

4. El Estado de que se trate o el Fiscal podrán apelar ante la SA de la decisión de la SCP, de conformidad con el artículo 82. La apelación podrá sustanciarse en forma sumaria.

5. Cuando el Fiscal se haya inhibido de su competencia en relación con la investigación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2, podrá pedir al Estado de que se trate que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior. Los Estados Partes responderán a esas peticiones sin dilaciones indebidas.

6. El Fiscal podrá, hasta que la SCP haya emitido su decisión, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su competencia en virtud de este artículo, pedir a la SCP, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente.

7. El Estado que haya apelado una decisión de la SCP en virtud del presente artículo podrá impugnar la admisibilidad de un asunto en virtud del artículo 19, haciendo valer hechos nuevos importantes o un cambio significativo de las circunstancias.”

¹²²⁸ En estos casos los Estados han dispuesto de poco margen de maniobra para preparar sus investigaciones y actas de acusación por el poco tiempo transcurrido desde la apertura formal de la investigación a la emisión de las órdenes de arresto por parte de la CPI.

2.2. Desarrollo e incoherencias jurisprudenciales en la aplicación del test

2.2.1. Oposición del Estado y ausencia de procedimientos internos

El primer Estado en enfrentarse a la CPI fue Kenia mediante la impugnación de los casos abiertos por la Ficasía¹²²⁹, respecto de los cuales la SA confirmó por mayoría que eran admisibles porque el Estado estaba siendo inactivo¹²³⁰. La cuestión principal en relación a estos casos era determinar cuál debía ser el grado o estado de las investigaciones nacionales para que éstas satisficieran el test de la CPI. En su voto en contra, la jueza Ušacka abordó precisamente la cuestión de la excesiva rigidez del test aplicado por la SCP y por la mayoría de la SA en la valoración de los procedimientos nacionales¹²³¹. En primer lugar, se mostró muy crítica con sus colegas de la SA porque consideró que tratándose de la primera impugnación de admisibilidad que hacía un Estado, aún había una serie de incertidumbres jurídicas y fácticas que requerían solicitar la presentación de más documentación con el fin de dilucidar dichas cuestiones¹²³².

En segundo lugar, subrayó la importancia de distinguir debidamente las dos partes del test de complementariedad respetando la discrecionalidad de los fiscales nacionales lo máximo posible. En otras palabras, se mostraba contraria a exigir a Kenia que probase la existencia de investigaciones o enjuiciamientos ya en una fase avanzada en esta etapa del proceso. Dado que Kenia alegaba que había procedimientos iniciados a nivel interno, la SA explicó así la frase “el asunto sea objeto de una investigación” del art. 17(1)(a):

¹²²⁹ *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, PTC II, 30-05-11; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, PTC II, 30-05-2011.

¹²³⁰ *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, AC, 30-08-11; *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, AC, 30-08-11.

¹²³¹ *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, Dissenting Opinion Judge Anita Ušacka, AC, 20-09-11.

¹²³² *Ibid.*, § 25. Cuestiones tales como la definición de ‘caso’ (al que los jueces de la SA añadieron el concepto ‘sustancialmente’ sin mayores explicaciones) ‘investigación’ y ‘enjuiciamiento’, el estándar de prueba y el tipo de prueba necesario para satisfacer la carga.

“The words 'is being investigated', in this context, signify the taking of steps directed at ascertaining whether those suspects are responsible for that conduct, for instance by interviewing witnesses or suspects, collecting documentary evidence, or carrying out forensic analyses. The mere preparedness to take such steps or the investigation of other suspects is not sufficient. This is because unless investigative steps are actually taken in relation to the suspects who are the subject of the proceedings before the Court, it cannot be said that the same case is (currently) under investigation by the Court and by a national jurisdiction, and there is therefore no conflict of jurisdictions”¹²³³.

Así, según lo dispuesto en el art. 19(2)(b) del ER, las investigaciones domésticas no tienen por qué haberse completado, aunque de esta disposición deducimos que, de un lado, se requiere algo más que una declaración de voluntad por parte del Estado para demostrar su actividad, y de otro lado, que el artículo no concreta qué es lo que específicamente constituye el inicio de investigaciones. Las Salas exigieron a Kenia pruebas muy concretas en esa fase de la investigación. Algunas voces consideran que mediante esta práctica, el propósito del ER de alentar a los Estados a ejercer sus jurisdicciones penales puede menoscabarse si los Estados que reivindican su derecho a hacerlo son responsabilizados de no estar desarrollando investigaciones lo suficiente como para ser capaces de aportar pruebas sobre entrevistas e informes. De esta manera, defienden que mientras el Estado aporte alguna prueba de que la investigación nacional ha comenzado, la CPI sólo debería intervenir si dicha investigación no resultara ser auténtica¹²³⁴. Aplicado este estándar a Kenia, la declaración estatal de que las investigaciones habían comenzado, junto con las pruebas que demostraban que las diligencias habían sido abiertas contra los sospechosos, deberían haber bastado para evidenciar un conflicto de competencias y para la inhibición de la CPI¹²³⁵.

Al hilo de esta cuestión, Ušacka consideró que no se habían ponderado debidamente los derechos soberanos de Kenia al hacer el balance de los intereses en juego, ya que la inexistencia de una investigación sobre el mismo caso en sede nacional se había fundamentado en el breve período de ocho semanas transcurrido desde que se presentó la impugnación hasta que se resolvió. Su conclusión, es que al ejercer su discreción bajo la

¹²³³ *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, AC, 30-08-11, § 41; *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, AC, 30-08-11, § 40.

¹²³⁴ BRIGHTON, Claire, “Avoiding unwillingness: Addressing the Political Pitfalls Inherent in the Complementarity Regime of the International Criminal Court” en *International Criminal Law Review*, vol. 12, n° 4, 2012, p. 654.

¹²³⁵ *Ibid.*

Regla 58(2) de las RPP¹²³⁶ la Sala se excedió por no tener debidamente en cuenta los derechos soberanos de Kenia y el principio de complementariedad. En virtud de lo que entendió por ‘caso’ en términos del art. 17(1)(a) del ER la Sala dio una excesiva importancia a consideraciones de rapidez y prontitud y al no equilibrar debidamente estos factores actuó, abusando de su discrecionalidad y en definitiva en detrimento de una auténtica complementariedad¹²³⁷.

Ahora bien, a pesar de ser discutible si la CPI fue muy paciente o no con Kenia a la hora de permitirle implantar mecanismos de responsabilidad para hacer frente a la violencia poselectoral, con la perspectiva del tiempo transcurrido y a la luz de los acontecimientos más recientes cabría preguntarse si la mayoría de jueces anduvo desacertada al desconfiar de Kenia y considerar los casos admisibles. En principio, y especialmente en vista del tiempo que le lleva a la CPI investigar y enjuiciar unos pocos casos, quizás podría haberse acordado un período de tiempo más realista antes de que la CPI interviniera, dando a Kenia la opción de establecer los procedimientos necesarios para investigar y enjuiciar a los responsables de los crímenes cometidos en el contexto de la violencia poselectoral. Aunque se trate únicamente de una hipótesis, tal y como expone Jacobs, el deseo de la CPI de avanzar aceleradamente en esa situación pudo ser uno de los motivos que cristalizó la oposición al tribunal en ese país, desembocando en la elección de un presidente imputado por ésta en un contexto hostil para esta institución y en la falta de cooperación que finalmente ha llevado al colapso del caso *Kenyatta*¹²³⁸.

Los cargos contra los acusados Ruto y Sang fueron retirados en abril de 2016 después de que la Defensa solicitara la finalización del juicio por entender que las pruebas aportadas por la Fiscalía no eran suficientes para llevar el caso adelante¹²³⁹. A nuestro entender, el hecho de que gran parte de los acusados estuvieran relacionados con el aparato estatal en el momento en que se da inicio al proceso ante la CPI fue lo que en primera instancia generó la hostilidad

¹²³⁶ “When a Chamber receives a request or application raising a challenge or question concerning its jurisdiction or the admissibility of a case in accordance with article 19, paragraph 2 or 3, or is acting on its own motion as provided for in article 19, paragraph 1, it shall decide on the procedure to be followed and may take appropriate measures for the proper conduct of the proceedings. It may hold a hearing. It may join the challenge or question to a confirmation or a trial proceeding as long as this does not cause undue delay, and in this circumstance shall hear and decide on the challenge or question first.”

¹²³⁷ *Ibid.*, § 30.

¹²³⁸ JACOBS, Dov, “The ICC and complementarity: a tale of... op. cit., ver nota 1222.

¹²³⁹ *ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, “Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal”, TC V(A), 05-04-16.

de este Estado parte y lo que impulsó a Kenia a cuestionar el hecho de que las investigaciones en ambas instancias debían comprender las mismas personas. En este sentido, el desarrollo de los hechos entre la CPI y Kenia y la aplicación de la complementariedad en estos casos muestran la dificultad que entraña investigar y pretender sentar ante el tribunal a altos cargos estatales. La falta de cooperación, e incluso oposición, del gobierno keniano y la pobre construcción de los casos por parte de la Fiscalía han hecho que por el momento las víctimas en Kenia sigan sin ver castigo alguno por los crímenes cometidos. Además, respecto a Kenia resulta difícil dibujar una línea que permita distinguir con nitidez la inactividad estatal de la falta de disposición o voluntad estatal desde un inicio para investigar y juzgar a los responsables de los crímenes cometidos durante la oleada de violencia poselectoral, ya que los hechos invitan a desconfiar de que cualquier intento nacional para depurar responsabilidades tenga por objeto llevar ante la justicia a los principales responsables. En vista de estas cuestiones, el resultado a ojos de la CPI habría sido el mismo, esto es, la admisibilidad de los casos tanto por la vía de la inacción como por la de la falta de voluntad o disposición recogida en el art. 17(1)(a) del ER si transcurrido un tiempo hubiera determinado que las actuaciones nacionales, si las hubiera, no eran auténticas.

2.2.2. Confusión en la aplicación del test. La particularidad de los casos libios

La situación en Libia es la segunda remitida por el CS al amparo del art. 13(b) del ER y difiere del escenario keniano por tratarse de la primera impugnación en la que el Estado, por una parte, presenta un volumen importante de información y pruebas sobre los pasos dados a nivel doméstico, y por otra, manifiesta su voluntad e intención de investigar y juzgar a los mismos sospechosos por conductas que abarcan incluso más hechos que los recogidos en las actas de acusación de la Fiscalía de la CPI. Lo más destacable de los dos casos abiertos es que, por primera vez, la CPI ha declarado uno de ellos admisible y el otro inadmisibile, algo difícilmente previsible viniendo ambos de la misma situación de origen.

Respecto al caso *Al-Islam Gaddafi*, una de las cuestiones relevantes señaladas por la SCP I fue que no era necesario que Libia investigara los mismos crímenes internacionales, sino que bastaba con que los procedimientos nacionales se centraran en la presunta conducta y no en la

calificación jurídica de ésta¹²⁴⁰. Se trata de un aspecto de la complementariedad que no había sido tratado en los casos anteriores y que tras ser avalado por la SA arroja luz sobre la cuestión del *non bis in idem* en el caso de constatar investigaciones a nivel doméstico. Acordar que los crímenes no deben estar sujetos a la misma calificación jurídica en ambas instancias¹²⁴¹ es una afirmación de vital importancia a tener en cuenta para casos futuros¹²⁴². En este sentido, el hecho de que Libia no dispusiera de legislación nacional penal que sancionara los crímenes contra la humanidad no hacía *per se* el caso inadmisibile ante la CPI. Cabe destacar que, además de los jueces, la Fiscalía también se manifestó en esos términos, lo que podría considerarse quizás como un cambio en su política hacia una postura más flexible respecto al principio de complementariedad y la soberanía estatal que la practicada por la Oficina anterior¹²⁴³. Asimismo, los jueces expresaron que la investigación nacional no debe cubrir necesariamente todos los sucesos mencionados en la orden de arresto de la CPI, sino que ésta debe versar sobre la supuesta misma línea de conducta general, en este caso el control de Gaddafi sobre el aparato estatal y sobre las Fuerzas de Seguridad para impedir, incluso empleando fuerza letal, las manifestaciones civiles contra el régimen¹²⁴⁴. No obstante, la SCP determinó que las pruebas aportadas por Libia para justificar la inadmisibilidad del caso no permitían identificar el alcance preciso de la investigación nacional y que a pesar de los pasos progresivos adoptados con el fin de llevar a Gaddafi ante la justicia, Libia no había probado que estaba investigando el mismo caso¹²⁴⁵.

Lo más curioso en relación al caso *Al-Islam Gaddafi* es que la CPI, además de considerar que Libia no estaba investigando el mismo caso, sostuvo que aportar pruebas adicionales que sustentaran esta primera parte del test de admisibilidad no sería determinante en esta fase del

¹²⁴⁰ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, PTC I, 31-05-13, § 85: “The Chamber is of the view that the assessment of domestic proceedings should focus on the alleged conduct and not its legal characterisation. The question of whether domestic investigations are carried out with a view to prosecuting “international crimes” is not determinative of an admissibility challenge.”

¹²⁴¹ *Ibid.*, §§ 85-88: “The Chamber notes that the Statute does not make a distinction between ordinary and international crimes. Article 20(3) of the Statute allows for a successful *ne bis in idem* challenge whenever a person ‘has been tried by another court for conduct also proscribed by article 6, 7, 8 or 8 bis’. In contrast to similar provisions in the Statutes of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (the ‘ICTY’) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (the ‘ICTR’), article 20(3) of the Statute does not require the same legal characterisation of the crime in order to satisfy the *ne bis in idem* principle”, §§ 85-86.

¹²⁴² BASSIOUNI, Cherif M. (Ed.), *Libya: from repression to revolution*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2013, p. 360.

¹²⁴³ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi*, “Prosecutor’s Response to application on behalf of the Government of Libya pursuant to article 19 of the ICC Statute”, PTC I, 5-6-12, §§ 23-26.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, § 133.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, §§ 134-135.

análisis porque también cuestionaba la capacidad del Estado de llevar a cabo una investigación y un enjuiciamiento auténticos¹²⁴⁶. Es decir, por un lado las pruebas presentadas por Libia no bastaban para demostrar que estaba cursando acciones sobre el mismo caso, lo que llevaba a incumplir la primera parte del test y, siguiendo los precedentes, a considerar que había inacción estatal respecto de este caso. Por otro lado, se afirmaba que aun suponiendo que las pruebas adicionales sirvieran para demostrar que se trataba del mismo caso, no se consideraría que Libia fuera capaz de llevar el caso adelante en sede nacional. Esto sin duda rompe con el es esquema jurisprudencial elaborado y aplicado hasta entonces, en virtud del cual sólo se podía determinar que un Estado o bien es inactivo o bien incapaz, pero nunca ambos. A la luz de la jurisprudencia anterior no cabía hablar de la incapacidad del Estado si previamente se había determinado que el caso iniciado ante los tribunales nacionales no era el mismo.

Sobre la conclusión de la SCP de que el caso doméstico no parecía ser el mismo, en instancia de apelación la jueza Ušacka señaló que la conducta puede ser uno de los múltiples elementos posibles al comparar un caso ante la CPI y un caso nacional y en su opinión el art. 17(1)(a), de acuerdo con el principio de complementariedad, no requiere que las autoridades nacionales investiguen ‘sustancialmente la misma conducta’ que aquélla que forma el fundamento del ‘caso ante la Corte’: “I do not think that the domestic investigation or prosecution needs to focus on largely or precisely the same acts or omissions that form the basis for the alleged crimes or on largely or precisely the same acts or omissions of the person(s) under the investigation or prosecution to whom the crimes are allegedly attributed. (...) ‘conduct’ should be understood much broadly under the current test”¹²⁴⁷. Se trata de la primera voz judicial en el seno de la CPI que cuestiona la aplicación del test ‘same person, substantially same conduct’, poniendo así en tela de juicio la jurisprudencia elaborada hasta entonces en virtud de ese estándar al entender que en la práctica obliga a los Estados a “copiar” el caso ante la CPI en lugar de establecer una relación complementaria entre ambos. Además, sostuvo que mantener este régimen comparativo tan rígido implica una intrusión en la soberanía de los Estados, y en concreto, en la discrecionalidad de las fiscalías nacionales,

¹²⁴⁶ *Ibid.*, § 137.

¹²⁴⁷ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi””, Dissenting Opinion Judge Anita Ušacka, AC, 21-05-14, §s 51, 58.

haciendo ejercer a la CPI una suerte de escrutinio sobre el derecho procesal y sustantivo del Estado en cuestión y sobre su normativa respecto a los crímenes del ER¹²⁴⁸.

En términos similares se expresó en su voto particular el juez Sang-Hyun Song, conviniendo con la jueza Ušacka en que la interpretación y aplicación del término ‘caso’ realizada por la SCP y por la mayoría en la instancia de apelación había sido errónea:

“To require that the national investigation must cover the same incidents would, in my view, set too onerous a standard for admissibility challenges in cases, like the one before us, where there are potentially hundreds of incidents to investigate and where, in addition, the person under investigation is not alleged to have physically committed any acts of murder and persecution. To put it simply: to require that the national investigation cover exactly the same acts of murder and persecution would make the national investigators’ task impossible and, as a result, the complementarity principle, an essential element of the Statute – featuring prominently in both its Preamble and first article - would almost certainly become redundant”¹²⁴⁹.

Además, consideró que la mayoría debería haber instado a la SCP a reconsiderar la conclusión de que las pruebas aportadas por Libia no eran suficientes para demostrar que estaba investigando el mismo caso, puesto que la Sala no explicó los motivos de esa afirmación. Así, determinó que a tenor de lo dispuesto en el art. 17(1)(a) del ER podía concluirse que Libia sí estaba investigando el mismo caso ante la Corte¹²⁵⁰.

En cuanto a la voluntad expresada por Libia de investigar y enjuiciar a los dos individuos acusados por la Fiscalía, la jueza Ušacka la estimó como un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la admisibilidad del caso *Al-Islam Gaddafi* y la importancia de dar a este Estado la oportunidad de experimentar la justicia transicional. Hasta la fecha se trata de un tema debatido en la doctrina pero muy poco tratado por los órganos de la Corte. Diversos autores como Luban se han mostrado a favor de ceder los casos libios a las autoridades nacionales: “(...) the current tug of war between the ICC and Libya over who gets to try Abdullah Senussi and Saif Ghaddafi seems like a blunder on the Court’s part. It seems plainly more important that Libyans have the experience of transitional justice than that the ICC works its mandate. The tug of war may do some good if it induces Libya to upgrade its justice

¹²⁴⁸ *Ibid.*, §s 52-53.

¹²⁴⁹ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi””, Separate Opinion Judge Sang-Hyun Song, AC, 21-05-14, § 6.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, § 14.

institutions, but this seems more like an unintended side effect of a turf war that the ICC should not be waging”¹²⁵¹.

El caso *Al-Senussi* por su parte desemboca en el resultado opuesto al de Saif Al-Islam Gaddafi, pues fue declarado inadmisibile por la SCP y por la SA¹²⁵². A diferencia de lo que sucedió respecto a aquél, las pruebas presentadas por Libia en este caso bastaban para concluir, dada la insuficiencia probatoria de la Defensa en sentido contrario, que este Estado estaba investigando el mismo caso:

“In sum, the Appeals Chamber finds that, while the Pre-Trial Chamber's findings as to the relevance of the incidents for the question of whether the same case is being investigated diverged from the Appeals Chamber's jurisprudence in the Gaddafi case, it nevertheless considered those incidents when actually assessing whether Libya was investigating the same case as that before the Court. As a consequence, the Appeals Chamber finds that the Defence has failed to demonstrate an appealable error in the Pre-Trial Chamber's factual findings in this regard or that "several incidents" mentioned in the Article 58 Decision were not covered by the domestic investigation. Accordingly, this aspect of the third ground of appeal is rejected”¹²⁵³.

De la comparación de ambos podría extraerse que o bien el ‘same person/same conduct test’ fue aplicado de manera más laxa respecto a Al-Senussi o bien, como expone la jueza Ušacka en su voto particular, el análisis sobre la incapacidad del Estado libio respecto a Gaddafi había sido demasiado rígido, lo que le llevaría a concluir que ambos casos deberían haberse declarado inadmisibles¹²⁵⁴. La SCP determinó en relación a Gaddafi que el Estado libio era incapaz porque no conseguía obtener su custodia por parte de la milicia de Zintan¹²⁵⁵, mientras que Al-Senussi ya estaba detenido y bajo custodia del Gobierno. Del análisis de estos dos casos se puede deducir que la evaluación de la primera parte del test resulta difusa puesto que como ya se ha adelantado, si las Salas determinaron que Libia no estaba investigando el mismo caso que la CPI respecto a Gaddafi, no queda clara la necesidad de analizar la segunda parte del test, en concreto la capacidad del Estado libio. Hubiera sido más

¹²⁵¹ LUBAN, David, “After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n° 3, 2013, p. 512. En la misma línea véase MÉGRET, Frédéric, GILES SAMSON, Marika, “Holding the line on complementarity in Libya” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n° 3, 2013, pp. 571-589.

¹²⁵² Debe subrayarse que este caso fue cerrado el 24 de julio de 2014 tras la decisión de la SA que confirmaba su inadmisibilidad. No obstante, señalaremos algunos puntos interesantes sobre el principio de complementariedad surgidos en este procedimiento.

¹²⁵³ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, AC, 24-07-14, § 110.

¹²⁵⁴ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, Separate Opinion Judge Anita Ušacka, AC, 24-07-14, § 15.

¹²⁵⁵ Este punto se abordará más detalladamente en el siguiente apartado.

lógico aplicar un test más flexible y, tras determinar que en efecto Libia estaba investigando el mismo caso—salvando las distancias—, posteriormente concluir que debido a la incapacidad de conseguir su custodia el Estado era incapaz de continuar el proceso.

En este sentido, consideramos muy interesante la reflexión de la jueza Ušacka en su voto particular en el caso *Al-Senussi* al exponer que, a pesar de que ella hubiera llegado a la misma conclusión que sus colegas respecto a la inadmisibilidad del caso, esto lo hubiera hecho mediante una interpretación y aplicación diferente del art. 17(1)(a) del ER que respetara en mayor medida el principio de complementariedad. Así, consideró que las pruebas aportadas por Libia eran suficientes para determinar que se trataba del mismo caso, pero que la sala debería haber tratado en profundidad las cuestiones de ‘falta de disposición’ e ‘incapacidad’. A nuestro entender tanto la SCP como la SA deberían haber sido más flexibles y concluir que el caso *Al-Islam Gadaffi* era el mismo en ambas instancias, sin perjuicio de que tras un análisis posterior fuera declarado admisible sobre la base de la segunda parte del test. De esta manera la CPI se habría mantenido coherente respecto a su jurisprudencia anterior en relación al estándar de análisis de la complementariedad.

2.3. La falta de disposición e incapacidad estatales como segunda parte del test de complementariedad

Estos dos conceptos son los que forman la segunda parte del test de complementariedad y son considerados cuando un Estado ha iniciado procedimientos nacionales sobre el mismo caso, es decir, una vez que la CPI ha determinado que el Estado ha superado el ‘same person, substantially the same conduct test’. En estas circunstancias éste será inadmisibile a menos que el Estado muestre ‘falta de disposición’ o ‘incapacidad’ para llevar adelante la investigación o enjuiciamiento de forma real o auténtica o que la decisión de no enjuiciar al imputado resultara de la falta de disposición o incapacidad de hacerlo de forma auténtica (arts. 17(1)(a) y (b)). En estos años de vida de la CPI ha habido un prolijo debate teórico doctrinal sobre estos conceptos y a pesar de su limitada aplicación por parte de las Salas hasta día de hoy, los pronunciamientos jurisprudenciales existentes indican ya un desarrollo de ambos conceptos.

En la aplicación de esta parte del test el énfasis no debe situarse en la disposición o capacidad del Estado—pues *a priori* disposición y capacidad se presumen cuando los procedimientos están tenido lugar o han tenido lugar—, sino en el requisito de que los procedimientos se estén o se hayan llevado a cabo de forma auténtica¹²⁵⁶. Sólo cuando no se cuestione la similitud de los procedimientos nacionales se procederá al debate probatorio de la citada autenticidad para determinar si existe falta de disposición o incapacidad por parte del Estado sobre los mismos¹²⁵⁷, lo que implica necesariamente una ‘intromisión’ o cierto grado de escrutinio por parte de la CPI en el sistema judicial nacional en ambos casos¹²⁵⁸. Veremos que, a diferencia de la jurisprudencia relativa a la inacción, en estos casos tanto la Fiscalía como los jueces han adoptado un enfoque más flexible con los Estados afectados ofreciéndoles más discrecionalidad, concretamente respecto a la tutela judicial efectiva o al derecho al debido proceso¹²⁵⁹.

2.3.1. La falta de disposición o voluntad del Estado para desarrollar procedimientos auténticos

Determinar la falta de disposición de llevar a cabo procedimientos auténticos implica en primer lugar evaluar las intenciones de las autoridades nacionales en cuestión, aunque, dado que se trata de la evaluación de algo intrínsecamente subjetivo, los Estados acordaron adoptar para ello un criterio objetivo¹²⁶⁰. Así, en relación a la falta de disposición el art. 17(2) del ER fija las pautas a tener en cuenta a la hora de determinar si un caso es admisible o no sobre esta base:

¹²⁵⁶ BENZING, Markus, “The complementarity regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity” en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, p. 604: “Textually, the term qualifies and possibly objectifies the act of investigating or prosecuting, rather than the ability or unwillingness to do so. It underlines that only those national criminal proceedings undertaken with the serious intent of eventually bringing the offender to justice shall bar the exercise of jurisdiction by the Court and thus mainly serves to stress the need for effective prosecution already referred to in the Preamble”.

¹²⁵⁷ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, PTC I, 11-10- 13, § 27.

¹²⁵⁸ BENZING, M., *op. cit.*, p. 603.

¹²⁵⁹ Lo que en opinión de Stahn contrasta con el régimen de los tribunals *ad hoc*, cuya *Regla 11 bis* articula la remisión de los casos a los jueces nacionales pero bajo condiciones más estrictas: STAHN, Carsten, “Admissibility challenges before the ICC...” *op. cit.*, p. 245.

¹²⁶⁰ NOUWEN, Sarah, *Complementarity in the line of...* *op. cit.*, p. 63; KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute...* *op. cit.*, p. 135.

“A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha y que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”.

A nuestro juicio estos criterios deben entenderse como una lista *numerus clausus*, ya que, como apunta Benzing, considerando que la ‘falta de disposición’ pretende servir de excepción a la regla general en virtud de la cual un caso es inadmisibile si el Estado investiga o enjuicia, los factores que concretan este concepto deben ser limitados y exhaustivos y construirse de manera estricta¹²⁶¹. Sustraer a una persona de su responsabilidad penal (art. 17(2)(a)) es el fundamento más subjetivo y amplio, ya que implica determinar que el propósito es la sustracción de la responsabilidad penal, independientemente de las razones para ello, como por ejemplo, una decisión oficial que estipule que el acusado no sea enjuiciado en virtud del art. 17(1)(b) o un intercambio entre el proceso penal y la participación del individuo negociaciones de paz¹²⁶². Por el contrario, los otros dos fundamentos son más objetivos, pues son más fáciles de demostrar y no resulta necesario probar positivamente que no hay intención de sustraer al individuo de su responsabilidad porque esto puede deducirse de una demora injustificada o de la falta de imparcialidad e independencia aparentemente incompatibles con dicho intento¹²⁶³.

Los tres criterios sobre la ‘falta de disposición’ muestran claramente que la cuestión primordial a analizar en estos supuestos es la falta de disposición del Estado para llevar a cabo los procedimientos nacionales de forma auténtica (*genuinely*). En las tres circunstancias es precisamente la intención de evitar que el individuo comparezca ante la justicia lo que mina la autenticidad de los procedimientos domésticos y lo que permite ala CPI considerar que el

¹²⁶¹ BENZING, M., *op. cit.*, p. 606. A favor de una interpretación contraria véase SHOAMANESH, Sam S., MBAYE, Abdoul A., “Article 17. Questions relatives à la recevabilité” en Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Dirs.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A. Pedone, Paris, 2012, p. 702 : “Le paragraphe 1 limite expressément les cas d’irrecevabilité aux hypothèses précisées aux alinéas a à c, de sorte que celles non prévues sont recevables devant la Cour. Cette approche consistant à circonscrire clairement le champ d’intervention de la Cour n’a pas été reprise dans la construction du paragraphe 2. Enfin, l’utilisation délibérée du verbe «*considérer*» qui confère une très grande marge d’appréciation, plutôt que d’un autre plus contraignant, semble également plaider pour la thèse de la non-exhaustivité de la liste des énumérations de l’article 17-2.”

¹²⁶² KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute... op. cit.*, p. 137.

¹²⁶³ NOUWEN, Sarah, *Complementarity in the line of... op. cit.*, p. 63; BENZING, M., *op. cit.*, pp. 609-610.

Estado en cuestión no tiene voluntad, algo que se deduce explícita e implícitamente de las tres disposiciones, tal y como ha afirmado la SA¹²⁶⁴. Se trata por lo tanto de determinar si en relación a un caso concreto, las autoridades nacionales están o no dispuestas a llevar a cabo los procedimientos de forma auténtica, no de determinar una falta de disposición generalizada, puesto que, en la mayoría de casos en los que un Estado no esté dispuesto a iniciar procedimientos no habrá procedimiento alguno y no se discutirá la cuestión de la autenticidad¹²⁶⁵.

2.3.1.1. Confusión entre inacción y falta de voluntad o disposición

Hasta la fecha el único caso que ha sido declarado admisible sobre esta base ha sido el de Germain Katanga. En relación a este individuo la SPI II declaró que su caso era admisible al entender que la decisión de las autoridades de entregarlo a la CPI para que fuera ella quien lo juzgara se enmarcaba en el contexto de una ‘falta de disposición’ de la RDC. Así, como se ha comentado previamente, en la decisión sobre la impugnación del caso presentada por este acusado la SPI II hizo una construcción jurisprudencial yendo más allá de lo dispuesto en el art. 17(2) ER, adoptando una nueva interpretación del término y entendiendo que mientras que la decisión de ceder jurisdiccionalmente el caso y de entregar a Katanga a la CPI demostraba la falta de voluntad del Estado de actuar a nivel nacional, al mismo tiempo implicaba el deseo del Estado de que se depuraran responsabilidades penales en otro foro, la CPI. Es decir, la RDC no renunciaba a luchar contra la impunidad, sólo renunciaba a que esto se hiciera ante sus tribunales. Aunque posteriormente esta interpretación del art. 17(1) fue anulada por la SA, por entender que el caso partía de la inactividad estatal, conviene abordar varias cuestiones señaladas por ésta que ayudan a definir mejor los contextos señalados por el ER para declarar la ‘falta de disposición o de voluntad’ de un Estado.

¹²⁶⁴ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi’”, AC, 24-07-14, § 218.

¹²⁶⁵ NOUWEN, Sarah, *Complementarity in the line of... op. cit.*, p. 64. Entendiendo por procedimientos nacionales aquéllos que cubren el mismo caso objeto de la Corte y que por tanto han pasado la primera parte del test que hemos analizado. Así, los casos derivados de las autorremisiones no encajarían en este esquema, pues a la luz de la ya sentada jurisprudencia de la Corte, esos Estados se consideraban inactivos al no corresponderse los casos nacionales con los abiertos ante este tribunal.

En primer lugar, respecto al art. 17(1)(a) del ER, esto es, respecto a la determinación de si el caso estaba siendo objeto de una investigación o enjuiciamiento por la RDC, la SPI II concluyó que podía declarar a la RDC como Estado sin ‘voluntad o disposición’ sin la necesidad de debatir si por parte de las autoridades nacionales el juicio que habría tenido lugar o que estuviera teniendo lugar había desembocado en una decisión dirigida a sustraer al sospechoso, una demora injustificada que obstaculizara la comparecencia del individuo ante los tribunales nacionales o bien que el proceso nacional no hubiera sido o no estuviera siendo sustanciado de manera compatible con la intención de hacer comparecer al acusado ante la justicia. Es decir, desatendió precisamente los elementos que según el ER deben abordarse para determinar la falta de voluntad o disposición estatal. No obstante, la SA corrigió este desvío determinando que al no haber actividad estatal respecto al mismo caso, lo dispuesto por la SPI II era irrelevante.

En segundo lugar, en relación al art. 17(1)(b) del ER, la SA sostuvo que esta disposición comprende dos elementos acumulativos que deben cumplirse para que un caso sea declarado inadmisibile ante la CPI. Éste debe haber sido investigado en sede nacional y el Estado ha debido decidir posteriormente no incoar acción penal alguna. Así, los jueces de apelación matizaron que las decisiones estatales mediante las que se cierran procedimientos judiciales contra un sujeto para su entrega y procesamiento ante la CPI no pueden considerarse como ‘decisiones de no incoar acción penal contra el acusado’, de manera que no encajarían en este supuesto¹²⁶⁶. En este caso no podía afirmarse que la RDC, tras una investigación, hubiera tomado una decisión mediante la que cerraba los procedimientos contra Katanga, sino que éstos fueron cerrados con el fin de que la CPI diera curso a sus propios procedimientos.

2.3.1.2. Demostrar la autenticidad de los procedimientos nacionales

El segundo caso en el que la CPI ha abordado la cuestión de la falta de disposición o voluntad estatal ha sido en el caso *Al-Senussi*. En esta ocasión tanto la SCP como la SA, tras determinar que Libia estaba investigando y enjuiciando el mismo caso, concluyeron que el Estado estaba dispuesto y no era incapaz, por lo que el caso fue declarado inadmisibile y

¹²⁶⁶ *ICC 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” AC, 25-09-09, § 83.

quedó desde entonces en manos de las autoridades libias. Dado que lo que aquí se cuestionaba era la autenticidad de los procedimientos nacionales, el análisis de la segunda parte del test del art. 17(1)(a) del ER era necesario para determinar si el caso era inadmisibile. En los procedimientos ante la SCP Libia expuso que la lista de criterios recogida en el art. 17(2) era exhaustiva y que esto reflejaba el deseo de los redactores de limitar las circunstancias en las que puede concluirse la falta de disposición o de voluntad estatal. Así, señaló que cada uno de los escenarios del art. 17(2) requiere probar la intención subjetiva del Estado, ya sea la intención de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o la falta de intención de hacer comparecer al acusado ante la justicia¹²⁶⁷. Asimismo, expuso que la frase ‘teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional’ recogida en el art. 17(2) del ER fue introducida con el fin de dar más objetividad al análisis de la falta de voluntad o disposición y que un proceso con las debidas garantías debe evaluarse con vistas a determinar si el proceso está diseñado para sustraer de responsabilidad penal a la persona en cuestión, no para asegurarse de que los procedimientos nacionales concuerdan con un ideal particular. Así, Libia defendió que el material probatorio presentado para la impugnación de la admisibilidad mostraba que este Estado estaba investigando de manera auténtica de acuerdo con la intención de llevar a Al-Senussi ante la justicia¹²⁶⁸.

La Defensa, por su parte, alegó que Libia no estaba dispuesta ni era capaz de llevar a cabo los procedimientos contra Al-Senussi de manera auténtica y que esto podía deducirse de la demora injustificada a la que habían estado sujetos los procedimientos y de la falta de independencia e imparcialidad con la que se habían estado desarrollando¹²⁶⁹. La Fiscalía, por su parte, se pronunció poniendo de manifiesto una interesante cuestión que ha sido confirmada por los jueces y que sin duda sienta las bases de esta controversia doctrinal:

“According to the Prosecutor, the Chamber's determination of a State's 'willingness' should be guided by the drafting history of Article 17, and particularly by the fact that ‘an overarching concern by negotiating States was that a determination of admissibility by the Court not become a judgment on the fairness of the national system *per se*’. The Prosecutor submits that “the ICC should not function as a court of appeal on national decisions based on alleged domestic deviations from applicable human rights norms” and “cannot find a State unwilling on the sole ground that the national proceedings violate due process, but must also find a violation of one of the three subparagraphs in Article 17(2)”¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, PTC I, 11-10-13, § 174.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, (notas al pie omitidas).

¹²⁶⁹ *Ibid.*, §§ 179-181.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, § 186.

En opinión de la Fiscalía, por lo tanto, los argumentos de la Defensa sobre la violación de la tutela judicial efectiva no encajaban en ninguno de los tres supuestos del art. 17(2) y además, en virtud del material aportado por Libia no parecía que este Estado fuera reticente a llevar a cabo los procedimientos contra Al-Senussi de manera auténtica ni que estuviera tratando de sustraer al sospechoso de su responsabilidad penal. Asimismo, estimó que las demoras procesales no podían, al menos en el momento de la impugnación, calificarse de excesivas, inaceptables o incompatibles con la intención de hacer comparecer a Al-Senussi ante la justicia, y que en cualquier caso, la demora en esa fase del proceso sólo era atribuible, aparentemente, a los obstáculos surgidos del desafío de establecer un gobierno plenamente funcional en el contexto de postconflicto generado en Libia: “it is essential that States not be held to a higher standard with regard to the speed and progress of their proceedings than has been met by the ICC itself or other international tribunals, particularly given the history of Libya, its very recent emergence from four decades of autocratic rule, and the serious security challenges facing the country”¹²⁷¹.

Tras una breve exposición del sistema penal libio¹²⁷² y las pruebas presentadas por las partes la SCP concluyó que: 1) los procedimientos nacionales no se estaban llevando a cabo con la intención de sustraer al presunto responsable de su responsabilidad penal según lo dispuesto en el art. 17(2)(a); 2) que los procedimientos no podían considerarse viciados a causa de una demora injustificada que en las circunstancias concretas fuera incompatible con la intención de llevar al individuo ante la justicia según lo dispuesto en el art. 17(2)(b); y 3) que los dos requisitos acumulativos que podrían sustentar la conclusión de la falta de disposición bajo el art. 17(2)(c) no se habían dado en relación al procedimiento nacional contra Al-Senussi. Así, concluyó que Libia no era reticente a llevar a cabo los procedimientos de forma auténtica en el contexto de los arts. 17(1)(a) y (2) del ER¹²⁷³.

¹²⁷¹ *Ibid.*, § 189.

¹²⁷² *Ibid.*, §§ 203-206.

¹²⁷³ *Ibid.*, §§ 290-293.

2.3.1.3. Los principios de un proceso con las debidas garantías y la pena capital

Precisamente la respuesta de la SCP en relación a los principios de un proceso con las debidas garantías fue lo que llevó a la Defensa a recurrir la decisión, lo que dio pie a la SA a analizar algunas cuestiones relevantes sobre la interpretación y aplicación de los arts. 17(1)(a) y (2) del ER. Entre las alegaciones de la Defensa nos interesa destacar la siguiente: “the failure to find that Mr. Al-Senussi is not being brought to justice in proceedings that are independent and impartial in light of the overwhelming evidence placed before the Chamber”¹²⁷⁴, fundamentada en la incorrecta interpretación y aplicación del art. 17(2)(c) por parte de la SCP. La Defensa alegó que un Estado no está dispuesto y no es capaz de llevar a cabo de manera auténtica los procedimientos nacionales si no respeta los derechos del acusado a la tutela judicial efectiva o el derecho al debido proceso. Se trata, como se ha adelantado, de una cuestión debatida en la doctrina, pues varios autores han defendido esta interpretación considerando que los conceptos de ‘independencia o imparcialidad’, ‘justicia’ y el requisito recogido en el encabezado del art. 17(2) obedecen a los derechos mencionados¹²⁷⁵. No obstante, la SA ha dejado claro en el caso *Al-Senussi* que esa línea de interpretación es errónea, sosteniendo la tesis de la SCP. Así, en el análisis del concepto de ‘falta de

¹²⁷⁴ Estos son los errores de hecho y de derecho cometidos, según la Defensa, por la SCP en cuanto a la conclusión de que Libia estaba dispuesta y no era incapaz:

“(i) The failure to take account of the lack of any contact between the Defence team and Mr. Al-Senussi to obtain his instructions and place all relevant evidence before the Chamber.

(ii) The failure to rely on the lack of legal representation during the proceedings to date, including the Accusation Stage, to find that Libya is both unwilling and unable to try Mr. Al-Senussi.

(iii) The failure to find that Mr. Al-Senussi is not being brought to justice in proceedings that are independent and impartial in light of the overwhelming evidence placed before the Chamber (and taking into account the new evidence which is the subject of Ground 2).

(iv) The failure to find that Libya is unable to try Mr. Al-Senussi given that it is unable to obtain the necessary evidence, provide adequate witness protection and is otherwise unable to carry out the proceedings” en *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi’”, AC, 24-07-14, § 131.

¹²⁷⁵ GIOIA, Federica, “State Sovereignty, Jurisdiction, and ‘Modern’ International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 4, 2006, pp. 1100-1113; HOLMES, John T., “Complementarity: national courts versus the ICC” en Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 676. Respecto al caso concreto de Abdullah Al-Senussi, hay quienes defienden que debido a las vulneraciones de la tutela judicial efectiva en sede doméstica la Corte debería haber determinado que Libia no estaba dispuesta a enjuiciar de forma auténtica a este acusado: BISHOP, Anna, “Failure of Complementarity: The Future of the International Criminal Court Following the Libyan Admissibility Challenge” en *Minnesota Journal of International Law*, vol. 22, pp. 388-421. En contra y en línea con el criterio de la Corte véase BENZING, M., *op. cit.*, p. 598; VAN DEN WYNGAERT, Christine, ONGENA, Tom, “*Ne bis in idem* principle, including the issues of amnesty” en Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 725; BOURDON, William, DUVERGER, Emmanuelle, *La Cour Pénale Internationale: le Statut de Rome*, Seuil, Paris, 2000, p. 94.

disposición' la SA expuso que la CPI no había sido establecida para ejercer como un tribunal de derechos humanos encargado de revisar si los sistemas jurídicos nacionales son conformes con los estándares internacionales de derechos humanos respecto al derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁷⁶, opinión compartida por la jueza Usacka¹²⁷⁷.

Asimismo, al tiempo de afirmar que las violaciones de los derechos del acusado no son *per se* suficientes para llegar a concluir la 'falta de voluntad' por parte del Estado en el marco del art. 17(2) del ER, la Sala expuso que los conceptos de independencia e imparcialidad—que se insertan en el área del derecho de los derechos humanos—también son recogidos en la Regla 51 de las RPP como mera guía y asistencia a la CPI en su valoración de los procedimientos nacionales¹²⁷⁸. Sin embargo, subrayó que estas nociones de independencia e imparcialidad son sólo dos criterios acumulativos que deben cumplirse antes de satisfacer los requisitos recogidos en el art. 17(2)(c) y que se enmarcan en una disposición cuyo objetivo principal es determinar si los procedimientos nacionales se están llevando a cabo de tal manera que permitan al sospechoso evadir la justicia, es decir, que las violaciones de los derechos del acusado pasan a un segundo plano en esta disposición. El segundo criterio es el que dispone que el proceso "esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la

¹²⁷⁶ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, "Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi'", AC, 24-07-14, § 219.

La Fiscalía, en la misma línea que los jueces, se expensó en términos similares:

"The Prosecutor argues that the Court cannot reject an admissibility challenge solely on the basis that a State's domestic procedures are not fully consistent with those of other States or international instruments of human rights, and that the Court should "only declare a case admissible on the grounds that due process rights have been violated in those instances where, due to the complete absence of even the minimum and most basic requirements of fairness and impartiality, the national efforts can only be viewed as a travesty of justice" (§ 209).

¹²⁷⁷ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, "Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi'", AC, 24-07-14, Separate Opinion Judge Anita Ušacka, § 10: "I would like to underline that I am not convinced by the Defence's argument that violations of fair trial rights of a suspect should be sufficient to render the State in question unwilling genuinely to prosecute or investigate or even that Libya has the "burden of showing that the proceedings are being conducted independently, impartially and fairly and with the intention of bringing Mr. Al-Senussi to justice". As important as the human right to a fair trial is, it cannot play a central role in the determination of the admissibility of a case. The Defence basically asks the Court to assume the role of a human rights court, sitting in judgment over domestic proceedings that are not yet even concluded. As I explained in the Gaddafi Dissenting Opinion, the rationale underlying the complementarity principle is a different one, and I doubt that the Statute would even have been adopted had it foreseen the degree of interference with domestic proceedings argued for by the Defence."

¹²⁷⁸ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, "Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi'", AC, 24-07-14, § 220.

justicia”, criterios ambos que no pueden incluir cuestiones como la violación de los derechos del acusado¹²⁷⁹.

Por otra parte, la Sala resaltó que la similitud entre el enunciado del art. 17(2)(c) y del art. 20(3)(b)¹²⁸⁰, que refleja una excepción al principio *non bis in idem*, podría dar lugar a concluir que atienden al mismo significado, aunque advierte que los criterios recogidos en el art. 20(3)(b) se refieren a procedimientos no auténticos en forma de juicios falsos u otros métodos que tengan por objeto beneficiar injustamente al acusado. En esas circunstancias es lógico y coherente con el objeto y fin del ER que una persona pudiera ser enjuiciada ante la CPI con el propósito de poner fin a la impunidad. No obstante, señalan que “It is less easy to imagine that there was an intention for an accused to be tried again at this Court for the same conduct that had already been tried nationally on the basis that the domestic trial did not fully comply with international standards of due process”¹²⁸¹. Tras un análisis del proceso de elaboración del ER, la SA confirmó que la interpretación correcta del art. 17(2)(c) es la que consiste en evitar que el acusado evada la justicia, aunque a pesar del carácter de *lex specialis* atribuido al art. 17 en relación a la admisibilidad, admite que el ER en su globalidad se apoya en los requisitos recogidos en el art. 21(3) y por lo tanto la aplicación y la interpretación del tratado “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Se muestra de acuerdo así con la Fiscalía en que si bien el proceso de admisibilidad no es una indagación sobre la justicia y ecuanimidad de los sistemas penales nacionales, la CPI no debe pasar por alto pruebas claras y determinantes que demuestren que el proceso doméstico carece por completo de justicia¹²⁸².

De esta manera, siguiendo la línea de autores como Mégret y Samson¹²⁸³, la Sala expresa que no concebiría aceptar procedimientos nacionales que funcionen como un mero preludio a

¹²⁷⁹ *Ibid.*, § 221.

¹²⁸⁰ Art. 20(3)(b) del ER:

“La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

¹²⁸¹ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi’”, AC, 24-07-14, § 222.

¹²⁸² *Ibid.*, §§ 228-229.

¹²⁸³ MÉGRET, Frédéric, SAMSON, Marika. G., “Holding the Line on Complementarity in Libya: the Case for Tolerating Flawed Domestic Trials” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n° 3, 2013, p. 586.

la pena capital, ya que entiende que serían contrarios a la noción más básica del concepto de justicia y suficientes para declarar un caso admisible, mientras que en los casos menos extremos en los que se cuestione la autenticidad del proceso doméstico debido a violaciones manifiestas de los derechos del acusado, la admisibilidad dependería de los hechos concretos del mismo¹²⁸⁴. Sin embargo, a pesar de que la Defensa hiciera hincapié en la probable condena a la pena capital que Al-Senussi recibiría en Libia¹²⁸⁵, la SA confirmó lo expuesto en la decisión impugnada:

“The judgment of the Criminal Trial Court can be appealed to the Supreme Court by the Prosecutor or by the defendant (...). A more stringent procedure is followed when the death penalty has been imposed following conviction. In these cases, the sentence cannot be carried out until the Supreme Court has considered the case and, even if the defendant does not appeal the sentence, the Prosecutor is obliged to do so before the sentence can be carried out. Furthermore, in these situations, the Supreme Court is not limited to considering errors of law, but reviews all factual, legal and procedural matters leading to the verdict and sentence”¹²⁸⁶.

Por lo tanto, en cuanto a la pena capital, la CPI estima que para determinar la admisibilidad de un caso debe valorarse la legislación interna con el fin de asegurarse de que su imposición no respondería por ejemplo a una ejecución extrajudicial. Así, cuando la condena sea la pena capital la CPI debe analizar la legislación para concretar si en efecto se ha dado algún abuso o si por el contrario se han cumplido las garantías mínimas. Libia prevé un procedimiento ante el supuesto de esta condena que en opinión de las Salas es suficiente para determinar que este Estado tiene la voluntad de llevar a cabo el proceso de forma auténtica. Mientras el proceso en sede nacional sea correcto a ojos de la CPI, ésta no declarará un caso admisible a pesar de que pueda sentenciarse a muerte o a cadena perpetua a un acusado. Así, las conclusiones de la SA respecto a la ‘falta de disposición’ fueron las siguientes:

“1) For a case to be admissible under article 17 (2) (c) it must be shown that the proceedings were not or are not being conducted independently or impartially and that the proceedings were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

2) Taking into account the text, context, object and purpose of the provision, this determination is not one that involves an assessment of whether the due process rights of a suspect have been breached per se. In particular, the concept of proceedings "being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice" should generally be understood as referring to proceedings which will lead to an suspect evading justice, in the sense of not appropriately

¹²⁸⁴ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi’”, AC, 24-07-14, § 230.

¹²⁸⁵ Se trata de la primera vez que se plantea la cuestión de la pena capital ante la Corte.

¹²⁸⁶ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi’”, AC, 24-07-2014, § 205.

being tried genuinely to establish his or her criminal responsibility, in the equivalent of sham proceedings that are concerned with that person's protection.

3) However, there may be circumstances, depending on the facts of the individual case, whereby violations of the rights of the suspect are so egregious that the proceedings can no longer be regarded as being capable of providing any genuine form of justice to the suspect so that they should be deemed, in those circumstances, to be "inconsistent with an intent to bring that person to justice"¹²⁸⁷.

Sin embargo, lo cierto es que la SA estableció un estándar muy elevado para poder aceptar las violaciones del derecho a un debido proceso en el análisis de admisibilidad, quizás excesivo si el proceso nacional implica pena capital. A pesar de las alegaciones sobre las irregularidades del proceso nacional contra Al-Senussi, tales como la asistencia inadecuada o la ausencia de transparencia e imparcialidad entre otras, en su último informe al CS la Fiscalía no ha anunciado ninguna intención de reconsiderar la complementariedad respecto a este caso¹²⁸⁸. En este sentido, cabe preguntarse si en aquellos casos en los que la condena nacional vaya a desembocar en la pena capital la CPI no debería ser más rigurosa en su seguimiento del mismo con respecto a las violaciones de las garantías de un debido proceso.

Más allá del caso específico de Al-Senussi, los Estados parte deberán abordar la cuestión de la pena capital en un futuro cercano. Si bien nada en el ER impide a los jueces declarar inadmisibles un caso que será enjuiciado en sede nacional con esta posible condena, la mayoría de la AEP se opone a esta práctica y probablemente nunca extraditarían a una persona a un Estado que aplica la pena capital sin las debidas garantías de que en tal caso no lo hará. Al-Senussi nunca llegó a La Haya y por tanto, al no haber salido de territorio libio la CPI no hizo esa valoración. Sin embargo, autorizar el proceso nacional podría tener el mismo resultado. En la negociación del ER, los Estados acordaron permitir el uso de cualquier penalización a nivel estatal que considerasen oportuna en aplicación del principio de complementariedad. No obstante, dado que cada vez son más los Estados que rechazan la pena capital, la AEP debería replantearse solicitar a la CPI la adopción de una Política en relación a garantías diplomáticas de la inaplicación de la pena capital en los casos en los que la CPI se inhiba. No se trata de

¹²⁸⁷ *Ibid.*, § 230.

¹²⁸⁸ ICC-OTP, *Twelfth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, § 9: "The Office is still awaiting the full report of the UN Support Mission in Libya ("UNSMIL") on the conduct of the domestic trial of Abdullah Al-Senussi ("Mr Al-Senussi"). At this stage, the Office remains of the view that no new facts have arisen which negate the basis on which Pre-Trial Chamber I found Mr Al-Senussi's case inadmissible before the ICC. This assessment is based on the information currently available to the Office. In accordance with article 19(10) of the Rome Statute, the Office continues to collect information and review its assessment as and when new information becomes known. In this regard, the Office recalls the ICC Appeals Chamber's finding that due process violations in a domestic trial must reach a high threshold in order for a case to be deemed admissible before the ICC."

imponer a los Estados, y menos a aquéllos que no son parte en el ER, las sanciones que deben aplicar en sede nacional, sino de supervisar debidamente el estándar aplicado en aquellos procesos internos en los que la aplicación de la pena capital es muy probable, fomentando al mismo tiempo su inaplicación mediante solicitud de las garantías adecuadas cuando la inhibición de la CPI pudiera traer ese resultado.

2.3.2. La incapacidad estatal para desarrollar procesos auténticos

La incapacidad de un Estado se recoge en el art. 17(3) del ER:

“A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

Por lo general se considera que la constatación de la ‘incapacidad’ estatal es más sencilla que la de la ‘falta de disposición’ y como ya apuntaron varios expertos en 2003 “[T]he standard for showing inability should be a stringent one, as the ICC is not a human rights monitoring body, and its role is not to ensure perfect procedures and compliance with all international standards. The focus of the complementarity regime is on the more basic question of whether the State is unable to genuinely carry out a proceeding”¹²⁸⁹. La noción de incapacidad se insertó en el test de complementariedad para cubrir situaciones en las que un Estado carece de un gobierno central debido a un colapso de las instituciones estatales o está envuelto en el caos a causa de un conflicto o crisis, o debido al desorden público que acarree el colapso del sistema nacional que permitiría al Estado desempeñar sus funciones en relación a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de la jurisdicción de la Corte¹²⁹⁰.

Como se desprende de la disposición son tres los escenarios en los que la CPI declarará a un Estado incapaz: a) cuando no es capaz de hacer comparecer al acusado; b) cuando no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o c) cuando por otras razones no está en condiciones de llevar adelante el juicio. El tercer criterio es el más difuso y sirve de término

¹²⁸⁹ ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice 2003, p. 15.

¹²⁹⁰ ICC-OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor* 2003, p. 4.

genérico para encapsular posibles situaciones que no encajarían en los criterios anteriores¹²⁹¹. Asimismo, estos tres supuestos responden a las causas establecidas en la primera frase del artículo, es decir que la incapacidad debe darse *debido al* colapso total o sustancial o a la carencia de la administración nacional de justicia¹²⁹², siendo necesario probar ese nexo causal. Como se extrae del art. 17(3) éste se compone de dos partes. Por un lado se identifican las causas: el colapso total o sustancial o bien la carencia, o más bien la indisponibilidad, del sistema judicial y por otro las tres consecuencias citadas que pueden surgir de cualquiera de esas tres causas.

2.3.2.1. Colapso total, sustancial o indisponibilidad del sistema judicial

Los dos primeros escenarios que pueden desembocar en incapacidad para llevar a cabo procedimientos auténticos son bastante objetivos. Hablamos de *colapso total* del sistema judicial cuando las autoridades nacionales han perdido el control sobre su territorio hasta el punto de quedar el sistema completamente hundido o descompuesto o cuando las autoridades, pese a ejercer un control efectivo sobre el territorio (militar o policial), no desempeñan sus obligaciones¹²⁹³. En cambio, nos referimos a *colapso sustancial* cuando, como algunos autores han definido¹²⁹⁴, el sistema judicial se ve afectado o destruido parcialmente de tal

¹²⁹¹ *Ibid.*; HOLMES, John T., *op. cit.*, p. 678; NOUWEN, Sarah, *Complementarity in the line of... op. cit.*, p. 64; SHOAMANESH, Sam S., MBAYE, Abdoul A, *op. cit.*, p. 708: “L’intervention de la Cour aurait été mise en échec si els rédacteurs du Statut s’étaient limités à définir l’incapacité de l’Etat associée seulement aux premiers critères précisément visés, ce qui impliquerait l’irrecevabilité d’une affaire, par exemple, dans le cas où les auteurs des crimes et les preuves sont à la disposition de la justice, mais que celle-ci n’a pas la possibilité d’intervenir pour d’autres raisons affectant la procédure au plan national. C’est pour éviter d’écarter la Cour dans des situations vraisemblablement constitutives d’incapacité que la référence au fait «*de mener autrement à bien la procédure*» a été introduite dans l’article 17.”

¹²⁹² *Unavailability* en su versión en inglés, *indisponibilité* en su versión en francés. Esta cuestión sobre las diferentes interpretaciones que pueden surgir en función de la lengua oficial que se emplee la expone el Juez Sang-Hyun Song en su voto particular sobre la decisión de admisibilidad del caso de Saif-Al-Islam Gaddafi: “I find that the correct interpretation of the term, in context, and in light of the object and purpose of the Statute, is that the national judicial system is incapable of being used, which incorporates the notion of being inaccessible, in the circumstances of a particular case.” *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, AC, 21-05-14, § 25.

¹²⁹³ BENZING, *op. cit.*, p. 614.

¹²⁹⁴ Aunque el borrador del Estatuto del Comité Preparatorio preveía el concepto ‘colapso parcial’, finalmente en su lugar se optó por ‘colapso sustancial’, un cambio que permite a los Estados retener la jurisdicción exclusiva en situaciones en las que un conflicto armado, aun afectando a algunas regiones, no se extiende a todo el país, lo que no impide por tanto la persecución de crímenes a nivel nacional. En este sentido véase HOLMES, John T., “The principle of complementarity” en Roy S.K Lee (Ed.), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 55; *Ídem*, “Complementarity: National Courts

manera que se cuestiona su existencia, es decir, que el colapso debe alcanzar una cierta dimensión, cuyos efectos sean la paralización de una parte considerable del sistema de justicia estatal:

“On peut imaginer, à titre d’illustration, le cas où l’appareil judiciaire est affecté par causes géographiquement circonscrites (territoires contrôlés par des forces rebelles ou étrangères) ayant neutralisé toutes les institutions publiques établies dans les zones pertinentes, mais qu’en dehors de celles-ci, les instances judiciaires fonctionnent normalement. En revanche, dans l’hypothèse où plusieurs institutions judiciaires essaimées sur une partie considérable du territoire national son atteintes, il est fort probable que la justice concernée, vue dans sa globalité, ne puisse être qualifiée comme ayant une existence réelle.”¹²⁹⁵

Si estos dos fueran los únicos escenarios para invocar la incapacidad del Estado, sólo podría considerarse a un Estado incapaz en circunstancias excepcionales. Sin embargo, el tercer escenario—la falta o ausencia de la administración nacional de justicia—viene a complementar y a ampliar el alcance de esta disposición y a reforzar el factor de autenticidad¹²⁹⁶. Mediante este criterio los jueces deben evaluar si el Estado cuenta con los recursos suficientes y necesarios para administrar justicia contra el o los individuos de que se trate, de manera que es de carácter individual, es decir, sólo respecto al caso del que se ocupe la CPI y por eso, como expone Benzing “it can generally be said that a national legal system is unavailable where the authorities for the administration of justice do exist and are generally functional, but cannot deal with a specific case for legal or factual reasons, such as sheer capacity overload”¹²⁹⁷. Podríamos decir que el término *carencia* recogido en la versión en español del ER, en lugar de *indisponibilidad* que reflejaría mejor el propósito de la disposición, nos parece poco acertado, pues en este caso hablamos de situaciones en las que no es que el Estado carezca del poder judicial, sino que en efecto éste sí existe pero motivos de carácter práctico—falta de personal en los órganos de justicia, ambiente de inseguridad o falta de cooperación de otros Estados— o normativo—aplicación de leyes de amnistía o inmunidad, la ausencia de los tratados de extradición necesarios o de jurisdicción según el derecho nacional—, imposibilitan al juez nacional dar curso a los procedimientos¹²⁹⁸.

En estas circunstancias, más que determinar que el sistema nacional se encuentra indisponible en general, sería la indisponibilidad del sistema para llevar a cabo el

versus the ICC” en Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones, (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 674.

¹²⁹⁵ SHOAMANESH, Sam S., MBAYE, Abdoul A., *op. cit.*, p. 708.

¹²⁹⁶ NOUWEN, Sarah, *Complementarity in the line of... op. cit.*, p. 65.

¹²⁹⁷ BENZING, *op. cit.*, p. 614

¹²⁹⁸ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al*, *International Criminal Law, op. cit.*, p. 297.

procedimiento de forma auténtica respecto al caso concreto lo que podría llevar a los jueces internacionales a concluir que el Estado es incapaz¹²⁹⁹. Así, en virtud de lo anterior podría decirse que el criterio de ‘colapso total o sustancial’ responde a factores físicos y el criterio de indisponibilidad a factores legales¹³⁰⁰.

Si bien es cierto que la doctrina ha discutido (refiriéndonos por lo general a debates anteriores a la aplicación del art. 17(3) del ER por parte de las Salas) sobre la posibilidad de considerar a un Estado incapaz en el caso de que castigue los crímenes internacionales como delitos comunes¹³⁰¹, como ya hemos expuesto en el apartado anterior la jurisprudencia de la CPI ha dejado clara esta cuestión en los casos *Al-Islam Gaddafi* y *Al-Senussi*¹³⁰², señalando que la incapacidad no puede derivar simplemente de una calificación jurídica de los hechos diferente¹³⁰³.

¹²⁹⁹ NOUWEN, Sarah, *Complementarity in the line of... op. cit.*, p. 65; GIOIA, Federica, “Comments on Chapter 3 of Jann Kleffner” en J.K. Kleffner, G. Kor (Eds.), *Complementary Views on Complementarity*, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 107; STIGEN, Joe, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pp 317-318.

¹³⁰⁰ HASSANEIN, Ahmed S., “Physical and legal inability under article 13(3) of the Rome Statute” en *International Criminal Law Review*, vol. 15, n° 1, 2015, pp. 1-123.

¹³⁰¹ BENZING, *op. cit.*, p. 614; PISANI, Beatrice, “The Rome Statute and domestic proceedings for ordinary crimes: the (in)admissibility of cases before the International Criminal Court” en Larissa van den Herik, Carsten Stahn, Carsten (Eds), *The diversification and fragmentation of international criminal law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, p. 474; MÉGRET, Frédéric, “Too much of a good thing? ICC implementation and the uses of complementarity” en *The International Criminal Court and complementarity: from theory to practice*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 361-390. Contrariamente a como ha razonado la Corte, este autor considera que “this is the one case where this author would find merit in the contention that insufficient implementation could lead to a real unavailability. In most cases except perhaps isolated war crimes, judging individuals for “ordinary” domestic crimes will be the equivalent of denying a crucial contextual and systemic aspect to their acts, which will almost inevitably reveal an at least partial unwillingness to try them for what they did. This is something that the ICTY’s statute had foreseen when, as an exception to the *non bis in idem* rule, it anticipated a situation where “the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime”. Although a similar provision was not adopted at the Rome conference, there is a sense that the reasoning applicable to prosecutions for ordinary crimes may be the same as when no prosecutions arise at all: a form of foot-dragging, that lies somewhere between inability and unwillingness.”

¹³⁰² *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, PTC I, 31-05-13, §§ 85-88.

¹³⁰³ BENZING ya previó acertadamente en los inicios de la Corte que “Cases where a state is declared unable because its national legislation differs from the substantive provisions of the Rome Statute should therefore be limited to situations where it either does not penalise a conduct proscribed under the Statute at all, or where the legislative path chosen by the state does not enable courts to impose an adequate sentence and would lead to a gross understatement of the actual gravity of the offence that falls significantly short of the characterisation that act received in the Statute. The first case would possibly even amount to mere inaction by the state, which would make the case admissible without having to have recourse to the notions of unwillingness or inability”, *op. cit.*, p. 617. Sobre esta cuestión véanse también MÉGRET, Frédéric, “Too much of a good thing? ICC implementation and the uses of complementarity” en *The International Criminal Court and complementarity: from theory to practice*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 361-390; BACIO TERRACINO, Julio, “National Implementation of ICC Crimes: Impact on National Jurisdictions and the ICC” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n° 2, 2007, pp. 421-440.

Centrándonos ya en la aplicación de esta disposición, podemos constatar que si bien es cierto que el concepto de ‘incapacidad’ fue empleado por varios órganos de la CPI—e incluso por los propios Estados—al recibir las autorremisiones de la RDC¹³⁰⁴, la República Centroafricana¹³⁰⁵ y Uganda, así como respecto a la situación de Darfur¹³⁰⁶, únicamente ha sido interpretado y aplicado en dos ocasiones: en las situaciones de la República Centroafricana y Libia; de modo que al igual que sucede con el concepto de ‘falta de disposición o voluntad estatal’, la línea interpretativa aún debe consolidarse en la práctica de la CPI.

2.3.2.2. Impugnación de la admisibilidad e incapacidad estatal

La primera vez que los jueces abordaron la cuestión de la incapacidad de un Estado fue en el caso *Bemba* en el marco de la situación de la República Centroafricana. Este caso resulta relevante porque se trata de la primera vez que los órganos de la CPI interpretan y aplican el concepto de ‘incapacidad estatal’. Los procedimientos contra Bemba se iniciaron en la República Centroafricana pero tras retirar los cargos por la inmunidad diplomática que disfrutaba entonces como vicepresidente de la RDC—nombrado en virtud del acuerdo transicional con vistas a garantizar los acuerdos de paz—el fiscal del Tribunal de Apelación de Bangui solicitó a este órgano que remitiera la situación a la CPI, solicitud que fue avalada

¹³⁰⁴ En 2004 el Presidente Kabila comunicó que sus autoridades no eran capaces de llevar a cabo los procedimientos necesarios sin la participación de la Corte. La SCP I tuvo en cuenta el criterio de ‘incapacidad’ cuando emitió la orden de arresto contra Thomas Lubanga Dyilo en febrero de 2006 manifestando que la situación de este país había cambiado en ese intervalo de tiempo y que la postura de la Fiscalía sobre la incapacidad de la RDC ya no sostenía. SCHABAS, William A., *An introduction to the ... op. cit.*, pp. 194-195; *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Prosecutor’s application for a warrant of arrest”, PTC I, 10-02-06, § 36: “In the Chamber’s view, when the President of the DRC sent the letter of referral to the Office of the Prosecutor on 3 March 2004, it appears that the DRC was indeed unable to undertake the investigation and prosecution of the crimes falling within the jurisdiction of the Court committed in the situation in the territory of DRC since 1 July 2002. In the Chamber’s view, this is why the self-referral of the DRC appears consistent with the ultimate purpose of the complementarity regime, according to which the Court by no means replaces national criminal jurisdictions, but it is complementary to them.”

¹³⁰⁵ La Fiscalía justificó el largo intervalo de tiempo entre la autorremisión y su decisión de abrir una investigación en la incertidumbre sobre la capacidad de este Estado, haciendo hincapié en la declaración de incapacidad de la Cour de Cassation del país.

¹³⁰⁶ En uno de los informes bianuales que la Fiscalía remitió al Consejo de Seguridad en virtud de la Res. 1593 (2005), ésta explicó que a pesar de la creación de varios tribunales éstos permanecían inaccesibles en gran medida y que sufrían la carencia de recursos, experiencia y seguridad: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/PV.5589> (última visita 18-05-17).

por la *Cour de Cassation* en base a la incapacidad de los servicios judiciales nacionales de llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos de los presuntos responsables¹³⁰⁷.

Una vez confirmados los cargos, Jean-Pierre Bemba impugnó la admisibilidad de su caso ante la SPI III. La Defensa esgrimió que el Estado podía enjuiciar a Bemba al entender que era ‘completamente capaz’ de obtener pruebas y de concluir el juicio que se había iniciado en sede doméstica puesto que en el momento de impugnar la admisibilidad de su caso Bemba ya no ejercía de vicepresidente y por lo tanto la inmunidad ya no era un obstáculo¹³⁰⁸. Además, señaló que la decisión de paralizar el caso y de remitirlo a CPI cumplía lo dispuesto en el art. 17(1)(b) del ER, es decir, había habido una decisión nacional a efectos de poner fin al caso. Igualmente, citando a Schabas la Defensa apuntó a la contradicción en la que entraría la CPI si aceptase la declaración de la *Cour de Cassation* en la que afirmaba ser incapaz de enjuiciar a Bemba porque, “It is curious, to say the least, that the Prosecutor would rely upon the decision of the Cour de cassation as authority for the inability of the country’s judicial system to proceed with the prosecutions. After all, if the *Cour de Cassation* is the source of reliable judicial determination, doesn’t that tend to prove the opposite, that is, that the courts of the country are functional?”¹³⁰⁹. Igualmente la Defensa puso sobre la mesa que el caso contra Ange-Félix Patassé, condenado en sede nacional junto a Bemba, siguió adelante mientras que los cargos contra Bemba eran retirados¹³¹⁰.

A pesar de estas cuestiones señaladas por la Defensa, la Fiscalía de la CPI sostuvo que el caso era admisible debido a la inactividad de las autoridades nacionales, puesto que las investigaciones iniciadas no finalizaron tras un análisis del fondo de la cuestión. Según este órgano el art. 17(1)(b) del ER requiere que las investigaciones nacionales se hayan completado mediante una decisión de no inocular acción penal contra el individuo, un tipo de decisión que a juicio de la Fiscalía no se corresponde con la tomada en sede nacional¹³¹¹. Aun determinando los jueces que la decisión en cuestión era una decisión con arreglo al art. 17(1)(b), esta Oficina consideraba que las autoridades nacionales eran incapaces de llevar el

¹³⁰⁷ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Gombo*, “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges”, TC III, 24-06-10, § 15.

¹³⁰⁸ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Application challenging the admissibility of the case pursuant to Articles 17 and 19(2)(a) of the Rome Statute”, TC III, 25-02-2015, §§, 72,77.

¹³⁰⁹ *Ibid.*, § 92.

¹³¹⁰ *Ibid.*, § 94.

¹³¹¹ *ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges”, TC III, 24-06-10, §§ 101-104.

caso delante de forma auténtica, puesto que factores como la inmunidad personal, preocupaciones por la seguridad y las dificultades para recoger las pruebas necesarias derivaban en una indisponibilidad total del sistema judicial estatal. Así, enfatizó que los factores recogidos en el art. 17(3) del ER no son acumulativos sino alternativos¹³¹².

La SPI por su parte se mostró conforme con los argumentos expuestos por el Estado y la Fiscalía aunque su opinión en este sentido fuera *obiter dictum*¹³¹³. La Sala se apoyó en los argumentos del Estado en los que exponía la falta de recursos humanos, jueces y presupuesto para llevar a cabo el juicio como elementos indispensables para juzgar a Bemba. Junto con esto, las operaciones en curso del MLC que contribuían a la inestabilidad en la zona fueron señaladas como otro motivo por el que el Estado era incapaz. En último lugar, la Sala hizo referencia a la falta de recursos de investigación y de capacidad judicial para llevar a cabo el juicio de Bemba esgrimidos por la *Cour de Cassation*, añadiendo que desde el sobreseimiento del caso ordenado por dicho órgano no había habido ningún progreso, lo que reforzaba la tesis de la incapacidad por indisponibilidad: “Given the relative complexity and extent of the prosecution case against the accused for crimes alleged committed in 2002-2003, the Chamber accepts that the prosecuting authorities and the national courts in the CAR would be unable to handle the case against this accused nationally”¹³¹⁴.

Sin duda alguna el caso *Bemba* resulta poco controvertido o problemático desde la perspectiva de la relación Estado-CPI, dado que la remisión de la situación fue hecha por el propio Estado y por tanto no hubo conflicto de competencia entre ambos. En efecto, a tenor de este caso vemos que cuando un Estado, sea por el motivo que sea, se propone no llevar a cabo el enjuiciamiento de un caso y decide que éste tenga lugar ante la Corte, las opciones del acusado de lograr una impugnación exitosa son realmente escasas. Así, de acuerdo con este caso, un Estado puede ser incapaz para procesar a un acusado si la alta instancia judicial declara carecer de los recursos, personal y presupuesto necesarios para llevar a cabo el juicio aunque sea la CPI la que deba tomar la última decisión mediante el análisis de incapacidad. No obstante, a pesar de lo singular que pueda resultar esta situación—más aún si la comparamos con casos en los que es el propio Estado el que se opone a la admisibilidad—, el art. 17(3) prevé esta situación, puesto que como hemos adelantado, la incapacidad del Estado

¹³¹² *Ibid.*, § 105.

¹³¹³ *Ibid.*, § 243.

¹³¹⁴ *Ibid.*, § 246.

debe ser relativa al caso específico, de modo que estando de acuerdo ambas instancias, y a la luz de la postura que viene manteniendo la CPI respecto a las autorremisiones, la admisibilidad del caso bajo el art. 17(3) es un resultado más que probable. Esta conclusión es compartida igualmente por van der Wilt, quien reconoce que a pesar de que la SPI III concentrara su examen en la capacidad de la República Centroafricana de juzgar de manera auténtica a los responsables de crímenes internacionales según el caso concreto en lugar de involucrarse en un análisis más general sobre la calidad del sistema legal nacional, se trata de un enfoque sensato, ya que al fin y al cabo, lo pertinente es determinar si el Estado realmente tiene la capacidad de llevar a cabo el juicio en cuestión¹³¹⁵.

2.3.2.3. La custodia de los acusados como elemento de capacidad estatal

Los casos abiertos en la situación de Libia son radicalmente opuestos al anterior, puesto que es el Estado quien impugna la admisibilidad de éstos. En la decisión sobre la admisibilidad del caso *Al-Islam Gaddafi*, la SCP expresó que para determinar si Libia era incapaz a efectos del art. 17(3) debía evaluar si las autoridades eran capaces de investigar o juzgar a Gaddafi de acuerdo con el derecho nacional sustantivo y procesal aplicable. Tras determinar esta normativa, la Sala comenzó a desgranar el concepto de ‘indisponibilidad’ sin entrar a hacer mención ni análisis alguno sobre un posible ‘colapso total o parcial’. La Sala expuso que el sistema nacional libio no podía ser aplicado por completo a aspectos y cuestiones importantes del caso, por lo que determinó que de acuerdo con las leyes nacionales, el sistema estaba ‘indisponible’ en los términos del art. 17(3) y en consecuencia este Estado era incapaz de hacer comparecer al acusado y de obtener los testimonios necesarios para llevar a cabo el juicio¹³¹⁶.

Por un lado, la incapacidad de hacer comparecer al acusado la fundamentó en que éste no se encontraba bajo el control de las autoridades centrales en Trípoli, sino en manos de la

¹³¹⁵ WILT, Harmen van der, “Self-referrals as an indication of the inability of the States to cope with non-State actors” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 218.

¹³¹⁶ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, PTC I, 31-05-13, §§ 199-205.

brigada de Zintan, milicia que no se considera parte integrante de las autoridades estatales¹³¹⁷. Por otro lado, la incapacidad de obtener los testimonios necesarios por su parte la fundó en la incapacidad de las autoridades judiciales y gubernamentales de establecer el control y la protección adecuada a los testigos. Al mismo tiempo la Sala advirtió de que había sido informada de presuntos casos de tortura y muerte por tortura en algunos centros de detención libios, un factor que, contrariamente a lo dispuesto por la Fiscalía, era en su opinión un factor importante a tener en cuenta para determinar la falta de un control total del Estado sobre estos centros. Se trataba de una situación que, junto con la falta de pruebas sobre la existencia de programas y medidas de protección para los testigos dispuestos a declarar contra Gaddafi, llevó a los jueces a concluir que en efecto Libia no podía obtener los testimonios necesarios. En último lugar, respecto al tercer criterio la Sala concluyó que la existencia de impedimentos prácticos para lograr una representación legal para el acusado en el contexto de inseguridad nacional y el riesgo que deben enfrentar los abogados hacían difícil que esa situación tuviera visos de cambio en un futuro.

Si bien admitió que el interrogatorio realizado al acusado sin la presencia de su Consejo de Defensa no infringe la ley libia, los jueces estimaron que éste era un impedimento al progreso de los procedimientos contra Gaddafi, lo que, de no solucionarse, desembocaría en la imposibilidad de llevar a cabo el juicio conforme a los derechos y garantías del sistema nacional, incluyendo los recogidos en los arts. 31 y 33 de la Declaración Constitucional libia¹³¹⁸. En definitiva, la Sala resolvió que pese a la existencia y funcionamiento de las

¹³¹⁷ Sobre la justicia impartida por grupos rebeldes y su cabida en el ER véase HASSANEIN, Ahmed S., *op. cit.*, pp. 106-109.

¹³¹⁸ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, PTC I, 31-5-2013, §§ 206-214. En opinión de Pitts: “lack of Access to an attorney may not be enough under Article 17(3) to make a criminal system “unavailable” to the defendant. For instance, there may be unavailability “on account of legislative impediments, such as an amnesty law, or a statute of limitations, making it impossible for the national judge to commence proceedings against the suspect or the accused.” Moreover, a collapsed or unavailable judicial system is not one that lacks or denies due process rights to the accused, but rather exists because of “a political situation that makes holding trials impossible or a debilitating lack of judges, prosecutors, and other court personnel.” This distinction is key; for a state to be unable under Article 17(3) it is not enough that the state is prevented “from fairly investigating or prosecuting,” the state must be prevented from “effectively investigating or prosecuting the accused.” As indicated above, the Libyan Criminal Procedure Code allows for a suspect to have an attorney at the investigation stage if one is desired. In the case of Gaddafi, there have apparently been conflicting reports as to whether Gaddafi actually wants defense counsel; on one hand, Libyan authorities are told that Gaddafi does not want counsel, and, on the other hand, Gaddafi requested Libyan defense counsel from the OPCD. Regardless, once Gaddafi’s case reaches trial in Libya, defense counsel will be appointed because having defense counsel is required under Libyan law. In sum, being without representation, at least at this time, is not enough to declare that Libya is not able to investigate or prosecute Gaddafi under the definition of Article 17(3).”, PITTS, M. Christopher, “Being able to

autoridades de justicia libias, había una serie de cuestiones legales y fácticas que derivaban en la indisponibilidad del sistema nacional respecto al caso concreto de Gaddafi, haciéndolo admisible ante la CPI¹³¹⁹.

El Estado libio por su parte, en apelación, cuestionó la interpretación y aplicación del art. 17(3) del ER hecha por la Sala, esgrimiendo que los jueces erraron al entender que debido a la indisponibilidad de su sistema judicial, Libia no podía hacer comparecer al acusado, no disponía de las pruebas y los testimonios necesarios o no estaba por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio. Erraron en la interpretación y aplicación del término ‘indisponibilidad de su sistema nacional de justicia’¹³²⁰ y también en la conclusión de que el sistema judicial libio era incapaz para este caso¹³²¹. Así, en primer lugar el Estado consideró que la SCP no había analizado los criterios de ‘indisponibilidad del sistema nacional de justicia’ de forma autónoma a los tres criterios que desembocan en la incapacidad, lo que se tradujo, en su opinión, en un análisis confuso y circular de las dos cuestiones. Esto se desviaba de los requisitos del art. 17(3), que requieren, según Libia, determinar primero el colapso o la indisponibilidad del Estado y después determinar si, debido a ese colapso o indisponibilidad, el Estado es incapaz de obtener al acusado o las pruebas necesarias o de llevar a cabo el juicio por otras razones¹³²². En segundo lugar, manifestó que la Sala no definió el concepto de ‘indisponibilidad’, algo que debería de haber hecho por medio de un análisis textual, contextual y teleológico que hubiera dado lugar a un estándar riguroso en relación a la constatación de la incapacidad, permitiendo así a la CPI intervenir sólo en circunstancias excepcionales¹³²³.

Asimismo, Libia declaró que la CPI empleó un estándar demasiado alto como para que un Estado que está investigando pueda cumplirlo y consideró que los jueces deberían haber interpretado el término ‘indisponible’ como una formulación que requiere analizar las dificultades reales y sistémicas que tienen un impacto directo y cuantificable en la

prosecute Saif Al-Islam Gaddafi: applying article 17(3) of the Rome Statute to Libya” en *Emory International Law Review*, vol. 27, n° 2, 2013, pp. 1322-1323.

¹³¹⁹ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, PTC I, 31-05-2013, § 215.

¹³²⁰ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Document in Support of the Government of Libya’s Appeal against the “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, 24-06-13, §§ 144-153.

¹³²¹ *Ibid.*, §§ 154-177.

¹³²² *Ibid.*, §§ 147-149.

¹³²³ *Ibid.*, §§ 147-152.

investigación en curso. Finalmente, consideró que la interpretación de la ‘indisponibilidad’ debe regirse por un umbral legal igual de alto al previsto para una situación de ‘colapso total o sustancial’ a la luz del objeto y fin del tratado: concluir que hay indisponibilidad como resultado de algunas deficiencias o ineficiencias en el sistema nacional haría fútil el concepto de ‘colapso sustancial’ recogido en la misma disposición¹³²⁴. Entendí así que de haber adoptado una interpretación más rigurosa del concepto de ‘indisponibilidad’, la Sala no habría declarado incapaz al Estado para llevar el caso adelante¹³²⁵.

En respuesta a estos argumentos, ha de hacerse referencia al voto particular del juez Sang-Hyun Song, que, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente¹³²⁶, hace una relevante aportación al analizar algunas cuestiones del art. 17(3) con más detalle que sus compañeros de sala aunque se muestra conforme con la interpretación y aplicación realizada por la SCP sobre el art. 17(3) del ER, así como con el fallo de apelación. En primera instancia expuso que, ciertamente, para determinar la incapacidad de un Estado al amparo del art. 17(3), las Salas deben tener en cuenta, como sostenía Libia, “both the ‘unavailability’ of a State's national judicial system and whether that State ‘is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings’ - and that the State must be unable ‘due to’ this unavailability”¹³²⁷. Sin embargo, consideró que la Sala hizo un análisis del criterio de ‘indisponibilidad’ separado del análisis del concepto de ‘incapacidad’ y por tanto correcto, concluyendo que éste último era consecuencia del primero, dado que la Sala determinó que el sistema nacional libio estaba indisponible debido a dificultades sustanciales en el ejercicio pleno de sus poderes judiciales en todo el territorio nacional y que por ello, Libia era, *inter alia*, incapaz de hacer comparecer al acusado¹³²⁸. Sobre el argumento de Libia acerca del umbral legal aplicable al supuesto de indisponibilidad el juez expuso que la Sala había determinado correctamente que basta que la indisponibilidad sea relativa a un caso en concreto para que un Estado pueda ser incapaz a ojos de la CPI.

¹³²⁴ *Ibid.*, §§ 150-151.

¹³²⁵ *Ibid.*, § 153.

¹³²⁶ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, Separate Opinion Judge Sang-Hyun Song, AC, 21-05-14. Recordemos que este juez se muestra de acuerdo con sus colegas respecto al resultado de la decisión, es decir, en su opinión el caso contra Gaddafi era admisible. No obstante, debe subrayarse el hincapié que hace en la primera parte del test, pues estima que Libia estaba investigando el mismo caso que la Corte, aunque a la conclusión para determinar que su caso era admisible ante esta se fundamentara en la incapacidad de Libia.

¹³²⁷ *Ibid.*, § 24.

¹³²⁸ *Ibid.*

Respecto a la incapacidad de Libia de hacer comparecer al acusado que señala la Sala por encontrarse éste en manos de la brigada de Zintan, el Estado sostuvo que la Sala erró al considerar que el sistema operativo judicial en dicha zona no forma parte de la autoridad estatal. En palabras de Libia “it fails to recognise that the Zintan Brigade is a Government-sanctioned local authority and that there is no distinction in international law between a central and local authority. It would be contrary to settled principles of international law to interpret “the State” exclusively in terms of “central” authorities, not least in a transitional context where the consolidation of the State is necessarily a complex and gradual process”¹³²⁹. Además, expuso que la Sala había suprimido la deseabilidad de trasladar al acusado a Trípoli con la capacidad de Libia de obtener su custodia¹³³⁰. De haber prestado la Sala la debida atención a este factor y a otras cuestiones relacionadas la conclusión hubiera sido, en opinión de Libia, que ésta era capaz de ejercer su autoridad sobre Gaddafi junto con la autoridad local de Zintan¹³³¹. En este sentido, el juez Sang-Hyun Song estima que la cuestión crucial al amparo de este fundamento de apelación no era si el sistema judicial operativo en Zintan forma parte o no de la autoridad libia o si esta brigada es una autoridad oficial de carácter local del gobierno, sino si las autoridades centrales habían sido capaces de lograr la custodia del acusado con el fin de juzgarlo¹³³².

Así, por una parte, incluso asumiendo que hubiera cierto grado de cooperación entre el gobierno central y la brigada de Zintan, el juez advierte que ésta no había sido suficiente para lograr el traslado del acusado a las autoridades centrales con el fin de juzgarlo. Por otra parte, aun asumiendo también que, como manifiesta Libia, el Estado no debe entenderse exclusivamente en referencia a las autoridades centrales y que no existe en Derecho Internacional distinción entre autoridad central y local, el juez considera correcto el análisis y conclusión de la SCP según el cual sin el traslado del acusado al control de las autoridades centrales, el juicio no puede celebrarse. Además, pese a que Libia alegara que no había impedimentos legales para que Gaddafi fuera enjuiciado en Zintan, el juez considera, a tenor

¹³²⁹ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Document in Support of the Government of Libya’s Appeal against the ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, AC, 24-06-13, § 157.

¹³³⁰ *Ibid.*, § 161.

¹³³¹ *Ibid.*, § 160.

¹³³² *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, Separate Opinion Judge Sang-Hyun Song, AC, 21-05-14, § 32.

de pruebas, informes y declaraciones presentados por el Estado, que al menos en la fecha en la que la admisibilidad del caso fue impugnada no había perspectivas de que el juicio se fuera a llevar a cabo en Zintan por deficiencias logísticas. Por todo ello, el juez Sang-Hyun Song concluyó, al igual que la mayoría, que no había error en las cuestiones apeladas por Libia, confirmando así la decisión impugnada¹³³³.

En última instancia debe hacerse referencia una vez más el voto particular de la jueza Ušacka en el caso *Al-Senussi*, pues trata el art. 17(3) realizando una comparación entre ambos casos. Como ya sabemos, el caso de *Al-Senussi* fue declarado inadmisibile en ambas instancias ante la CPI, conclusión compartida por esta jueza. Sin embargo, nos interesa subrayar esta reflexión que plasma en su opinión:

“To my mind, at least some of the distinctions drawn by the Pre-Trial Chamber between the cases of Mr Al-Senussi and of Mr Gaddafi appear to be far-fetched and are not particularly convincing. However, rather than this being an indication that the Pre-Trial Chamber erred in the case of Mr Al-Senussi, as the Defence alleges,” the need to distinguish between the two cases in the way the Pre-Trial Chamber did arguably only arose because the Pre-Trial Chamber may have been too demanding when it considered whether Libya was able genuinely to investigate and prosecute in relation to Mr Gaddafi. In particular, I am concerned by the emphasis that the Pre-Trial Chamber placed on the fact that Mr Gaddafi was detained by the Zintan militia and not by the central authorities. I recall that Libya submitted that the Zintan militia was a “Government-sanctioned local authority and that there is no distinction in international law between a central and local authority”. Libya also referred to the “numerous examples [...] of the central Libyan Government exercising its authority in Zintan in relation to the domestic proceedings alongside the Zintan Brigade, which is responsible for supervising [Mr Gaddafi’s] detention”. In my view, Libya’s submissions should not have been ignored, in particular as it is for Libya to decide in which part of the country a trial should take place and where a suspect should be detained. Accordingly, I am of the opinion that the case against Mr Al-Senussi and that against Mr Gaddafi are rather similar. In the absence of evidence to the contrary, the results of the two cases should also be the same.”¹³³⁴

Como sabemos ambos jueces se mostraron contrarios a la opinión de la mayoría en cuanto a la determinación de la primera parte del test de complementariedad. A su modo de ver, Libia estaba investigando el mismo caso que la Corte, aunque cada uno de ellos llegara a esta conclusión basándose en argumentos diferentes. Sin embargo, la creciente inestabilidad en el país hace que nos cuestionemos si la CPI se equivocó en declarar el caso *Al-Islam Gaddafi* admisible o si, en vista de la situación, La Haya es el único foro donde puede ser debidamente juzgado. En este sentido no puede obviarse que este acusado permanece bajo la custodia de la citada milicia y que actualmente Libia carece de una autoridad central estable. Tras la reciente

¹³³³ *Ibid.*, §s 33-37.

¹³³⁴ *ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, Separate Opinion Judge Anita Ušacka, AC, 24-07-14, §s 14-15.

condena a la pena capital impuesta por un tribunal de Trípoli y cuyo resultado final aún se espera, puede concluirse que la CPI no actuó de manera desafortunada al considerar que Libia no era capaz de juzgarlo debidamente, tal y como los hechos acontecidos desde entonces están demostrando¹³³⁵.

Ciertamente, uno de los acusados estaba ya en poder de las autoridades nacionales aunque al mismo tiempo, no es menos cierto que con el fin de apoyar y fortalecer la construcción de un sistema nacional sólido en pro de un auténtico sistema de justicia internacional penal complementario, quizás la CPI debería haber dado más margen y tiempo al gobierno libio en el caso *Al-Islam Gaddafi*, más aún cuando este Estado se ha mostrado deseoso de ejercer su jurisdicción penal y de colaborar con la CPI y de que ésta intervenga en última instancia en caso de ser manifiestamente imposible para Libia llevar a cabo el proceso. Sin embargo, la pregunta de difícil respuesta en este caso sería hasta cuándo debería esperar la CPI. Puede que una mayor cooperación con el Gobierno mediante una monitorización de la CPI para impulsar el juicio a nivel nacional hubiese dado ya algún resultado positivo¹³³⁶. No debemos olvidar que Libia ha pedido la colaboración y asesoramiento de la CPI, de Naciones Unidas y de otras organizaciones, lo que es una muestra clara de su voluntad por ejercer su jurisdicción penal de la manera más eficaz posible. No obstante, las autoridades centrales se han visto incapaces de obtener la custodia de este acusado y podríamos afirmar, en retrospectiva, que la CPI no ha estado en una posición mejor o más aventajada para obtenerla, ya que Gaddafi permanece en Zintan.

En cuanto a Al-Senussi podría decirse que la CPI ha mantenido la postura contraria, dando a las autoridades nacionales una capacidad de maniobra mucho mayor, quizás con la idea de que éstas merecían juzgar al menos a alguna figura del régimen de Gaddafi. No obstante, esto también entraña el riesgo de que los Estados no puedan o no quieran enjuiciar a estas personas de manera auténtica, y no simplemente porque no quieran hacerlo, sino porque las circunstancias, en las que cabe incluir disturbios violentos e inestabilidad política no se lo permiten. Como se ha expuesto anteriormente, en el caso *Al-Senussi* la CPI confió demasiado en las autoridades y en las garantías de su proceso, poniendo su confianza en un proceso, al parecer, profundamente deficiente y prácticamente imposible, negándose por el momento a

¹³³⁵ <https://www.theguardian.com/world/2015/jul/28/saif-al-islam-sentenced-death-by-court-in-libya-gaddafi-son> (última visita 18-05-17).

¹³³⁶ STAHN, Carsten, "Admissibility challenges before the ICC..." *op. cit.*, p. 255.

reconocer ésto o a sugerir que quizás, debido a la gran volatilidad de la situación en el país, Al-Sunussi debería ser enviado a La Haya para reabrir el procedimiento en su contra¹³³⁷.

2.4. Sentencias firmes y procedimientos nacionales en curso

La CPI no puede enjuiciar a una persona que ya haya sido juzgada previamente por un tribunal nacional por alguno de los crímenes de la competencia de la CPI. Este escenario, contemplado en el art. 20(3) del ER, no se había dado nunca ante la CPI. Sin embargo, el caso *Simone Gbagbo* abierto por la Fiscalía en el marco de la situación de Costa de Marfil se ha presentado como la primera ocasión en la que la CPI se está viendo envuelta en el dilema de escoger entre el proceso penal nacional o el internacional.

A diferencia del caso *Gbagbo*, expresidente costamarfileño que impugnó la admisibilidad de su caso bajo el art. 19(2)(a) aunque sin éxito debido a la voluntad de Costa de Marfil de que éste fuera juzgado en La Haya, el caso de su esposa, Simone Gbagbo, el segundo abierto en esta situación y declarado admisible tras la impugnación estatal, está siguiendo un rumbo muy distinto. La Fiscalía acusó a Simone Gbagbo de crímenes contra la humanidad cometidos en el contexto de la violencia poselectoral entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril de 2011¹³³⁸ y mediante la decisión del 11 de diciembre de 2014 la SCP desestimó la impugnación estatal, decisión que fue confirmada por la SA en 2015. Al igual que en los anteriores casos, ambas Salas se han guiado por la ya sentada doctrina del ‘same person/same conduct test’, concluyendo que los procedimientos en sede nacional no satisfacían el requisito de ‘misma conducta’ del art. 17 del ER en el momento en el que se resolvía la impugnación.

En este sentido, los procedimientos nacionales en marcha versaban sobre delitos económicos y delitos contra el Estado, por lo que los jueces concluyeron que esta causa no cubría la misma conducta que la contemplada por la CPI. Si bien en virtud del test que venimos explicando la naturaleza tan diferente de estos crímenes hacía el caso a todas luces

¹³³⁷ KERSTEN, Mark, “Hold your horses-ICC complementarity” publicado en *Justice Hub* el 16-06-16. Disponible en: <https://justicehub.org/article/hold-your-horses-icc-complementarity> (última visita 18-05-17).

¹³³⁸ *ICC Prosecutor v. Simone Gbagbo*, “Warrant of Arrest for Simone Gbagbo”, PTC III, 29-02-12. Se le imputan los siguientes cargos: a) asesinato, b) violación y otra violencia sexual, c) persecución y d) otros actos inhumanos cometidos en el contexto de la violencia postelectoral en el territorio de Costa de Marfil entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril de 2011.

admisibles, para Costa de Marfil suponía una aplicación del mismo excesivamente rígida¹³³⁹. Lo novedoso es que en el período transcurrido entre la impugnación de la admisibilidad¹³⁴⁰ y la decisión de la SA, Simone Gbagbo fue condenada en Abidjan a veinte años de prisión por los citados delitos tras ser juzgada junto a otros aliados de su marido en un caso que ha resucitado la profunda división en un país que sigue recuperándose de años de conflicto y agitación política¹³⁴¹. Se trata pues de la primera vez en la historia de la CPI en la que un Estado, con una orden de arresto pendiente, juzga ante sus propios tribunales a la persona imputada por la CPI. No obstante, la SA no consideró relevante la sentencia nacional respecto al caso que le ocupaba y se ciñó a los argumentos del apelante para determinar si la SCP había aplicado correctamente, tal y como cuestionó el Estado, el famoso *same person/same conduct* test, limitándose por tanto a reproducir la interpretación realizada hasta esa fecha por las Salas.

Llegados a este punto es legítimo plantearse si realmente el caso *Simone Gbagbo* tiene motivos para continuar abierto ante la CPI o si por el contrario, ésta debería aceptar la sentencia nacional como medida suficiente para poner fin al caso y centrar el foco en otros que merezcan mayor interés. En este sentido, a la luz de los precedentes de la CPI como los casos *Lubanga* o *Katanga*, cabe señalar que la condena de veinte años sea probablemente de una duración superior a la que Fatou Bensouda podría aspirar en el caso de que finalmente la acusada fuera entregada y juzgada en La Haya por crímenes contra la humanidad. Esta situación nos lleva por lo tanto a pensar en la pertinencia del riguroso test que venimos explicando, pues la práctica demuestra los importantes desafíos que afronta la CPI si persiste en esta rígida aplicación, como le sucede en el presente caso. Sin duda, habida cuenta de la existencia de una condena nacional firme, no es vacua la crítica que defiende un mejor aprovechamiento de los recursos para otros casos en lugar de malgastarlos en un segundo juicio pese a la diferencia entre las conductas investigadas.

¹³³⁹ *ICC Prosecutor v. Simone Gbagbo*, “Judgment on the appeal of Côte d’Ivoire against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled ‘Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo’”, AC, 27-05-15, §s 99, 100.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, §s 47-48, 81.

El Estado alegaba error en la interpretación y aplicación del criterio de admisibilidad recogido en el art 17 del ER y error de hecho y de derecho en la evaluación de las investigaciones nacionales y el error de hecho por obviar varias medidas investigadoras emprendidas por las autoridades domésticas.

¹³⁴¹ BBC News: <http://www.bbc.com/news/world-africa-31809073> (última visita 18-05-17).

Al hilo de esta cuestión, Heller opina que la CPI no puede seguir permitiéndose el ‘hiperformalismo’ que subyace al *same person/same conduct test*¹³⁴². Asimismo defiende que hubiera sido preferible que la Defensa o el Estado costamarfileño hubieran recurrido la decisión de la SCP impugnando no la interpretación y aplicación del test, sino el test en sí mismo, ya que de haberlo hecho la SA quizás—aunque posiblemente no—hubiera tomado en consideración el impacto de este proceso ante la CPI sobre el nacional, y por ende, sobre sus consecuencias en relación al principio de complementariedad y la naturaleza *ultima ratio* de la CPI¹³⁴³, algo que sin duda le hubiera obligado a una profunda reflexión y eventualmente a un posible cambio de rumbo en los análisis de complementariedad futuros. Sin embargo, aun siendo un enfoque ciertamente práctico en relación al aprovechamiento de los recursos limitados de la CPI, lo cierto es que es cuestionable que una condena nacional pueda impedir un proceso por crímenes internacionales ante aquella cuando éstos no han sido objeto en absoluto en sede nacional. Los delitos contra el Estado y los de naturaleza económica son graves, pero no comparables a los crímenes internacionales. Podría resultar contrario al objeto y fin del ER y a los principios de verdad y reparación no dar a cada crimen o delito el lugar que le corresponde.

Sin embargo, acontecimientos posteriores a la sentencia nacional condenatoria nos hacen adoptar una posición contraria a la entrega de Simone Gbagbo a la CPI. Y es que, ante la confirmación de la admisibilidad del caso y la insistencia de la CPI de que la acusada fuera entregada, Costa de Marfil inició procedimientos penales, esta vez sí, por crímenes contra la humanidad, es decir, la misma categoría de crímenes que le imputa la CPI. Por lo tanto, esta acusada se encuentra de un lado cumpliendo una condena de veinte años de prisión por delitos comunes, y de otro, atraviesa un segundo proceso judicial nacional por crímenes contra la humanidad. Si el Estado quisiera anular el caso en La Haya y encargarse de depurar responsabilidades penales técnicamente debería presentar una nueva impugnación de la admisibilidad exponiendo los nuevos cargos por los que está siendo juzgada en sede nacional. No obstante, cabe preguntarse si, dadas las circunstancias, la CPI tiene algo que ganar insistiendo en su entrega mientras no se presente una nueva impugnación. Ciertamente el proceso judicial nacional está en marcha y aún no hay sentencia absolutoria ni condenatoria

¹³⁴² HELLER, Kevin J., “Appeals Chamber fails to see the forest — Complementarity Edition” en *Opinio Juris*, publicado el 01-06-15. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2015/06/01/appeals-chamber-fails-to-see-the-forest-complementarity-edition/#comments> (última visita 18-05-17).

¹³⁴³ *Ibíd.*

para Simone Gbagbo por los crímenes contra la humanidad presuntamente cometidos durante la violencia poselectoral que terminó con la instauración del gobierno de Ouattara. Aún así, el hecho de que ya esté cumpliendo pena de prisión y que un segundo juicio por crímenes internacionales esté en proceso, nos lleva a pensar inevitablemente en el papel que los arts. 20(3) y 53(2)(c) del ER podrían desempeñar en este caso. El primero dispone lo siguiente:

“La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

Se trata, como sabemos, del principio *non bis in idem*, que aunque no ha sido disputado ni en este caso ni en ningún otro ante la CPI hasta la fecha, podría resultar determinante si la CPI no se inhibiera a favor de las autoridades nacionales. Por un lado, si nos atenemos a la literalidad de la disposición, dado que los cargos nacionales sobre los que ya hay sentencia condenatoria no se corresponden con las conductas recogidas en los arts. 6, 7 u 8 del ER por tratarse de delitos contra la seguridad del Estado, *a priori* la cuestión del *non bis in idem* no parecería ser un obstáculo al enjuiciamiento de la acusada ante la CPI. Por otro lado, los subpárrafos (a) y (b) no tendrían ninguna aplicación en este caso, ya que una condena nacional de veinte años de prisión difícilmente puede ser muestra de la intención de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o de la intención de no someter al acusado a la acción de la justicia. De esta manera cabe preguntarse si, considerando por el momento esta condena como único caso de cosa juzgada a nivel nacional, cabría continuar con el caso ante la CPI o no. En opinión de Heller, ésta debería ceder el caso ante cualquier situación en la que un enjuiciamiento nacional desemboque, o es probable que lo haga, en una sentencia de igual o mayor duración que la que el individuo podría esperar de CPI, aunque el enjuiciamiento nacional se base en conductas completamente diferentes¹³⁴⁴. Sin embargo, a nuestro modo de ver, una condena por delitos que nada tienen que ver con los crímenes internacionales presuntamente cometidos no suponen ni una auténtica depuración de responsabilidades ni un gran paso en la lucha contra la impunidad, ya que dichos crímenes quedarían completamente ignorados.

¹³⁴⁴ HELLER, Kevin J., “A Sentence-Based Theory of Complementarity” en *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, nº 1, Winter 2012, pp. 201-249.

Ahora bien, el escenario es diferente una vez abierto un segundo proceso penal por crímenes internacionales en sede nacional. Si bien los jueces de la CPI pudieron ser reticentes a cerrar el caso por la citada condena de prisión por tratarse de crímenes de distinta índole, difícilmente pueden justificar la inaplicación del principio *non bis in idem* recogido en el art. 20(3) del ER una vez haya una sentencia sobre el segundo caso, ya sea condenatoria o absolutoria. A menos que según lo dispuesto en este artículo el proceso penal nacional tuviera el objetivo de sustraer a la acusada de su responsabilidad penal por los crímenes en cuestión, no hubiere sido independiente o imparcial o bien fuera incompatible con la intención de someterla a la acción de la justicia, la CPI no podría ni debería siquiera arriesgarse a juzgar a Simone Gbagbo por crímenes contra la humanidad una vez los tribunales nacionales se hayan pronunciado al respecto, puesto que supondría un menosprecio al principio de complementariedad y la violación de las normas y garantías más básicas del proceso penal y del principio de cosa juzgada.

Además de la posibilidad de invocar este principio, el art. 53(2)(c) del ER podría servir a la Fiscalía para abandonar el caso e inhibirse a favor de los tribunales nacionales:

“2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen notificará su conclusión motivada a la SCP y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.”

Se trata de una disposición que tampoco ha visto aún la luz en la práctica y que contiene un criterio difuso y muy subjetivo respecto al que la Fiscalía mantiene una gran discrecionalidad, aunque sujeta al control de oficio de las SCP. Sin embargo, consideramos que el caso *Simone Gbagbo* bien podría encajar en este marco, ya que, aun en el caso de que el proceso penal que enfrenta actualmente a nivel nacional fracasara y de algún modo se anulara sin condena alguna—de tal forma que éste siguiera siendo admisible—, la existencia de una condena nacional previa podría bastarle al tribunal para reflexionar acerca del sentido de seguir invirtiendo tiempo, esfuerzo y recursos en el caso de una persona que ya está en prisión, al igual que podría servirle para concluir que efectivamente continuar con el proceso en La Haya

no redundaría en interés de la justicia. Para ello debería anular los cargos en su contra y los jueces deberían avalar esa decisión¹³⁴⁵.

Una tercera opción en el supuesto de que el segundo juicio nacional no se lleve a cabo debidamente la abre el art. 89(4) del ER, que dispone que “si la persona buscada está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquél por el cual se pide su entrega a la Corte, el Estado requerido, después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte”. Puede que esta vía de la consulta sea la más sencilla para las partes con el fin de discutir las opciones existentes, una consulta en la que la CPI no debería perder de vista la finalidad con la que fue erigida, esto es, colaborar en la lucha contra la impunidad de forma supletoria cediendo en la medida de lo posible la competencia a las jurisdicciones nacionales y respetando su soberanía en el ejercicio de su acción penal.

Tras lo expuesto, consideramos que el caso *Simone Gbagbo* se muestra no como un desafío a la CPI desde la perspectiva de una falta de cooperación del Estado hacia la CPI, sino como lo contrario, como el reflejo de la voluntad estatal de ejercer su jurisdicción penal. A nuestro juicio, el hecho de que finalmente Costa de Marfil decidiera investigar y juzgar a esta acusada por crímenes contra la humanidad es una respuesta positiva al principio de complementariedad por parte del Estado y la CPI deberá reflexionar acerca de la pertinencia de mantener su caso abierto. Además, consideramos que la decisión estatal de iniciar procedimientos por crímenes internacionales es señal de que la CPI puede lograr ese efecto catalizador e impulsar el ejercicio de la jurisdicción penal nacional. En este sentido, sería mucho más positivo que la CPI apoyara el juicio nacional mediante una monitorización u orientación sustantiva y procesal en lugar de perpetuar este caso durante más tiempo. Sin embargo, no es menos cierto que este escenario pone sobre la mesa una cuestión fundamental: hasta qué punto las conductas imputadas en sede nacional y las imputadas por la CPI deben ser las mismas, lo que nos lleva necesariamente a cuestionar la construcción y aplicación del ‘same person, same conduct test’. En este caso, si el segundo juicio nacional que contempla condenar a Gbagbo por crímenes contra la humanidad prospera y desemboca en una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, como decimos, la CPI deberá decantarse por

¹³⁴⁵ Art 53(3)(b) del ER.

cerrar el caso, pues de lo contrario perdería toda legitimidad para darle continuidad en La Haya.

No podemos cerrar el presente apartado sin subrayar la importancia de las aportaciones de los jueces Ušacka y Sang-Hyun Song, opiniones que en gran medida compartimos puesto que desafían el esquema seguido por las salas y por la Fiscalía poniendo de manifiesto las controversias que surgen en la práctica del examen tan estricto que la CPI viene realizando sobre la acción nacional, controversias que se debaten fuera de las paredes del tribunal y que afectan directamente a la relación de los Estados con la CPI, a su imagen y a su legitimidad, más aún teniendo en cuenta que se trata de una institución que continúa a día de hoy luchando por justificar su existencia. Además, estos jueces no sólo cuestionan el modo en que el test ha sido interpretado y aplicado hasta la fecha sino que aportan nuevas directrices— especialmente de la mano de la jueza Ušacka— que influirán sin duda, aunque no de forma inmediata, en la idea de complementariedad construida hasta la fecha, moldeando la futura interpretación y aplicación del art. 17. La composición de la SA fue modificada en enero de 2015 y por el momento no ha habido opiniones ni votos en estas líneas aunque las voces críticas de estos jueces comiencen a calar más pronto que tarde dadas las dificultades a las que la CPI inevitablemente debe hacer frente.

Un análisis de los casos impugnados y de las decisiones de los órganos de la CPI nos permite deducir que respecto a la inacción de los Estados ni la Fiscalía ni los jueces han seguido un criterio uniforme a la hora de valorar cuándo declarar o no un caso admisible. Ciertamente, a la luz de la jurisprudencia de las Salas concluimos que aún no se ha llegado a un esquema uniforme ni a criterios unificados. Por el momento la CPI ha recurrido en gran medida a declarar a los Estados inactivos considerando que los procesos a nivel nacional, allá donde los haya habido o los haya, difieren del caso abierto por la Fiscalía, en lugar de ser más flexible con los procesos internos y llegado el caso, valorar su admisibilidad por factores de falta de voluntad o de capacidad. En las situaciones remitidas por los propios Estados afectados y que además han renunciado a ejercer su jurisdicción penal, esta cuestión no ha supuesto un problema desde la perspectiva estatal. Ha sido sencillo para la CPI constatar la inactividad a nivel nacional y que por lo tanto debía investigar y juzgar, ya que el Estado no se ha opuesto. No obstante, en las situaciones en las que la oposición a la intervención de la CPI ha estado presente, el tribunal ha seguido la misma estrategia mediante una comparativa

minuciosa de los casos, evitando así tener que pronunciarse sobre la falta de disposición o la incapacidad de los Estados, cuestiones sin duda sensibles pero que como parte del marco jurídico del ER merecen ser desarrolladas y aplicadas cuando la situación así lo requiera.

En algunas ocasiones la deferencia hacia los Estados ha sido excesiva, como ha venido sucediendo en el caso de las autorremisiones. La CPI ha aceptado de una manera demasiado irreflexiva la inacción de estos Estados como práctica política aceptable. Las decisiones en las que se acepta que un Estado, permaneciendo inactivo y renunciando a su jurisdicción en favor de la Corte, estaba cumpliendo con su obligación de perseguir los crímenes internacionales, no favorecen ni sustentan el objetivo de poner fin a la impunidad a través del fortalecimiento de los sistemas nacionales si a su vez no van acompañadas de opiniones y reprobaciones serias y contundentes dirigidas a los Estados por la pasividad y manipulación intencionada que éstos pretendan hacer de la Corte, una realidad de la que ninguno de los actores escapa, ni siquiera los propios jueces.

Sección 3ª. El umbral de gravedad como requisito para la admisibilidad

Como sabemos, la amplia jurisdicción de la CPI y los recursos limitados de los que dispone¹³⁴⁶ no le permiten hacer frente a todos los contextos de violencia en los que puedan cometerse crímenes de su competencia y por tanto no puede intervenir ante todos y cada uno de los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o genocidio. Por este motivo, aunque los crímenes recogidos en el ER sean conductas muy graves que atentan contra los intereses protegidos por la comunidad internacional en su conjunto¹³⁴⁷, únicamente podrá investigar aquéllas que revistan una gravedad excepcional, es decir, las que sobrepasen el umbral adicional de gravedad que recoge el art. 17(1)(d) del ER¹³⁴⁸. Esto implica que, además

¹³⁴⁶ NABIL JURDI, Nidal, *The International Criminal Court and National Courts. A contentious relationship*, Ashgate, Farnham, 2011, pp. 71-72. Véase también información más reciente sobre el presupuesto de la CPI en <https://justicehub.org/article/2016-icc-budget-more-money-more-problems> (última visita 18-05-17).

¹³⁴⁷ Párrafo cuarto del preámbulo y los artículos 1 y 5 del ER.

¹³⁴⁸ Art. 17(1)(d) del ER:

“La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.”

ICC-OTP, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre de 2013, p. 16; ICC-OTP, *Communication concerning the situation in Iraq*, p. 8; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor’s application for a warrant of arrest, article 58, PTC I, 10-2-2006, § 45.

del test de complementariedad que se ha analizado en la sección anterior, la CPI debe evaluar la gravedad de la situación o caso de que se trate para justificar su intervención¹³⁴⁹. Esto significa que no basta con que el Estado territorial permanezca inactivo frente a la comisión de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o de genocidio—lógicamente todos ellos graves de por sí—, para que la CPI sea competente, ni basta con que sea incapaz o no esté dispuesto a investigar ni enjuiciar, o incluso que ningún Estado inicie procedimientos frente a tales hechos en virtud del principio de justicia universal, sino que además, los crímenes en cuestión deben revestir una gravedad especial. En otras palabras, las situaciones o casos que estudiará serán aquellos que sobrepasen la gravedad jurisdiccional cumpliendo con los requisitos competenciales temporales, territoriales, personales y materiales establecidos en el ER. La gravedad es por lo tanto, junto a la complementariedad, un elemento indispensable del análisis de admisibilidad de carácter obligatorio y que como tal no admite excepciones¹³⁵⁰.

No obstante, el ER no aporta luz acerca del contenido de este criterio, es decir, los órganos de la CPI no disponen de directrices en el tratado sobre los factores a tener en cuenta a la hora de evaluar el umbral de gravedad exigido en el art. 17(1)(d) y de determinar por tanto cuándo una situación o caso merece su atención. Los redactores dejaron esta tarea en manos de la Fiscalía y de los jueces, de ahí el desarrollo lento, al tiempo que confuso, que ha venido ofreciendo la CPI hasta la actualidad sobre el factor de gravedad. Además, su análisis en la doctrina ha sido escaso hasta la fecha y como expone DeGuzman, “this silence stems in part from an understandable reluctance to rank or quantify extreme human suffering. How can one delimit ‘mass atrocities’ or ‘grave harm’? Must there be millions of victims before the international community will adjudicate the crimes? Thousands? Hundreds? (...). The

¹³⁴⁹ La Fiscalía ha dejado clara la irrelevancia del orden en el análisis de ambos factores: “El Estatuto no estipula una secuencia obligatoria para la consideración de la complementariedad y la gravedad. El Fiscal debe estar convencido sobre la admisibilidad en ambos aspectos antes de proceder.” En ICC-OTP, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre de 2013, p. 11.

¹³⁵⁰ STEGMILLER, Ignaz, “Interpretative gravity under the Rome Statute. Identifying common gravity criteria” en Carsten Stahn, Mohamed El Zeidy (Eds.), *International Criminal Court and complementarity. From theory to practice*, Vol. I Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 605; EL ZEIDY, M., “The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court” en *Criminal Law Forum*, vol. 19, nº 1, 2007, p. 39. Así viene confirmándolo la jurisprudencia de la CPI: *Situation in the Republic of Kenya*, “Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, PTC II, 3-03-10, § 52; *ICC Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision concerning Pre-Trial Chamber’s Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo”, PTC I, 24-02-06, § 41.

undertheorization of gravity is also due to the historical evolution of international criminal law as a response to atrocities that were undeniably grave”¹³⁵¹.

Al mismo tiempo, no puede obviarse que, además de ser uno de los factores determinantes de la admisibilidad, la gravedad también constituye la piedra angular de la discrecionalidad procesal de la Fiscalía, pues toda decisión relativa a la apertura de una investigación o inicio de un caso pasa necesariamente por la valoración de la gravedad que ésta haga de los hechos y de las pruebas que obtenga. Así pues, la tarea de decidir dónde centrar los recursos limitados de la CPI recae esencialmente sobre este órgano, que al no disponer de un procedimiento o instrucción alguna en el ER sobre cómo desarrollar su proceso de toma de decisión, ha ido elaborando el contenido de este criterio progresivamente con la práctica y caso por caso. Precisamente por este motivo es un criterio muy complejo, ya que a pesar de los esfuerzos por clarificar qué situaciones y qué casos merecen ser estudiados y a pesar de enfatizar que se siguen criterios estatutarios y objetivos, las decisiones que la Fiscalía tome al respecto se guiarán también por otros factores y valoraciones, de manera que difícilmente logrará satisfacer a todos los actores implicados. El desafío para la Fiscalía, y para la CPI en su conjunto, es, por lo tanto, alcanzar el máximo equilibrio posible entre los intereses de la comunidad internacional y los de las víctimas de las violaciones más atroces sin perder de vista las limitaciones inherentes a este sistema imperfecto de justicia internacional. Como veremos en esta sección, pese a haber cobrado más protagonismo durante los últimos años, la práctica muestra que el criterio de gravedad aún no se ha desarrollado de forma coherente y uniforme, siendo éste un horizonte que desde luego resulta difícil de avistar.

3.1 Algunas cuestiones previas: el umbral de gravedad legal y la gravedad como criterio de selección

Dada la complejidad que entraña tanto el propio concepto como sus vertientes en la aplicación, conviene resaltar las dos funciones que la gravedad cumple en el régimen del ER. En primer lugar es uno de los elementos que, junto a la complementariedad, forma el análisis

¹³⁵¹ DeGUZMAN, Margaret M., “Gravity and the legitimacy of the International Criminal Court” en *Fordham International Law Journal*, vol. 32, n° 5, 2008, pp. 1401-1402; SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary... op. cit.*, p. 348, en referencia a la ausencia de análisis en obras colectivas relevantes.

de admisibilidad y en segundo lugar, es un factor primordial en el criterio de la Fiscalía de selección de situaciones y casos.

Respecto a la primera, cabe decir que viene señalándose su carácter puramente jurídico, es decir, que cuando la Fiscalía analiza la gravedad de una situación o caso con el fin de determinar su admisibilidad, deberá aplicar una serie de factores legales y objetivos. Así, cuando nos referimos al criterio de gravedad, nos referimos al criterio legal, o lo que comúnmente tanto la doctrina como la jurisprudencia denominan el *gravity threshold* recogido en el art. 17(1)(d). Este filtro para la admisibilidad de situaciones y casos lo aplican tanto la Fiscalía como los jueces, aunque cada órgano en diferentes fases del proceso y de manera autónoma.

En primer lugar, la Fiscalía lo hace antes de abrir una investigación en virtud del art. 53(1)(b) del ER, que dispone lo siguiente:

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

- 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;
- 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 SCP.”

Según lo dispuesto en el apartado b) la Fiscalía debe realizar el test de admisibilidad una vez confirmado que los hechos en cuestión son de su competencia, es decir, tras asegurarse de que se trata de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y llegado el momento, de agresión. Una vez realizado el test de complementariedad debe evaluar la gravedad de los crímenes en cuestión antes de decidir abrir una investigación, independientemente de cuál haya sido el método de activación de su competencia¹³⁵². Dado que en esta fase preliminar aún no se han dictado órdenes de arresto ni de comparecencia y que por lo tanto aún no hay acusados, lo que la Fiscalía realiza es una evaluación genérica de

¹³⁵² MURPHY, Ray, “Gravity issues and the International Criminal Court” en *Criminal Law Forum*, vol. 17, nº 3, 2006, p. 285. Recordemos que para que el fiscal inicie una investigación *motu proprio* en base al art 15 del ER, debe aplicar lo dispuesto en el art 53(1) tal y como exige la Regla 48 de Procedimiento y Prueba.

la situación, valorando los posibles casos o casos potenciales que podrían surgir en caso de que se abriera una investigación¹³⁵³.

Y en segundo lugar, la Fiscalía realiza una evaluación de la gravedad antes de proceder al inicio de un caso, es decir, antes de solicitar una orden de arresto o comparecencia, tal y como dispone el art. 53(2)(b):

“2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

- a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;
- b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o
- c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la SCP y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.”

Los jueces por su parte analizan el criterio de gravedad cuando se impugna la admisibilidad de un caso en base a este criterio, cuando la Fiscalía decide no dar curso a una investigación sobre la base de los arts. 53(1)(c) o 53(2)(c) o cuando se activa el sistema de revisión recogido en el art. 53(3)(a) del ER. Como puede observarse, el ER no hace distinción alguna entre ambas fases, es decir, no distingue el contenido de la gravedad situacional de la gravedad de un caso, de manera que el tratado parece indicar que debería de seguirse el mismo criterio en ambos contextos. Observaremos sin embargo cómo en la práctica sí se han adoptado criterios distintos para el análisis del umbral de gravedad según sea una situación o un caso lo que se analice.

Respecto a la segunda función que la gravedad cumple en el régimen del ER, esto es, la selección de situaciones y casos por la Fiscalía, ésta no la encontramos explícitamente recogida en el tratado. Se trata del papel que cumple la gravedad como elemento o factor esencial en la política de selección de situaciones y casos de la Fiscalía. Como sabemos, la selección de situaciones únicamente puede darse cuando actúa *motu proprio*, ya que en el resto de casos éstas vienen predeterminadas por el instrumento de remisión bien del Estado parte bien del CS. En este sentido, aunque la Fiscalía ha manifestado que su labor se guía por

¹³⁵³ GUARIGLIA, Fabricio, ROGIER, Emeric, “The selection of situations and cases by the OTP of the ICC” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court, ... op. cit.*, p. 359, nota 31.

los principios generales de independencia, imparcialidad y objetividad¹³⁵⁴, no cabe duda de que cuando actúa *motu proprio* en virtud del art. 15 del ER, ejerce cierto margen de discrecionalidad a la hora de decidir dónde abrir un examen preliminar de entre todos los escenarios posibles remitidos mediante comunicaciones¹³⁵⁵ y llegado el momento, qué casos enjuiciar dentro de una situación, aunque el ‘Documento de política general sobre exámenes preliminares’ de 2013 disponga que para actuar con arreglo al art. 15 debe de realizar un examen preliminar de todas las situaciones que no estén manifiestamente fuera de su competencia e iniciar una investigación si se cumplen los requisitos¹³⁵⁶. En este documento, la gravedad únicamente se encuentra en el apartado correspondiente a la admisibilidad, es decir, que para abrir una investigación la Fiscalía debe evaluar la gravedad de cada uno de los casos potenciales que pudieran surgir de una investigación sin perjuicio del mecanismo empleado para la activación de la competencia. Estos elementos que componen el umbral de gravedad del art. 17(1)(d) se han ido perfilando con la práctica hasta consolidarse en 2009. Así pues, una de las complejidades que precisamente guarda este umbral es que, a pesar de presentarse como un concepto compuesto por elementos objetivos como la escala o la naturaleza de los crímenes, su interpretación y valoración conforme a los hechos no escapa a la subjetividad de quien los analice, y lo que para la Fiscalía puede ser una escala insuficiente en la gravedad, para los jueces puede ser lo contrario.

En relación a la selección de casos, resulta menos controvertido afirmar que la discrecionalidad de la Fiscalía es mayor, ya que únicamente compete a este órgano seleccionar los crímenes y presuntos culpables que serán investigados y juzgados sin que estas decisiones estén sometidas a control alguno. En este sentido, en el ‘Documento de política sobre selección y priorización de casos’ publicado en septiembre de 2016, la Fiscalía señala lo siguiente:

“[T]he Office exercises its discretion in determining which cases should be selected and prioritized for investigation and prosecution. The purpose of this paper is to ensure that the exercise of such discretion in all instances is guided by sound, fair and transparent principles and criteria. It is not the responsibility or the role of the Office to investigate and prosecute each and every alleged criminal act within a given situation or every person allegedly responsible for such crimes.

¹³⁵⁴ *Ibíd.*, p. 358. El 29 de febrero de 2016 la Fiscalía publicó el *Draft Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, donde expuso que su Oficina lleva adelante la selección de casos sobre la base de esos principios. Acceso al documento en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/29.02.16_Draft_Policy-Paper-on-Case-Selection-and-Prioritisation_ENG.pdf (última visita 18-05-17). Esto mismo ya había sido señalado en el citado ‘Documento de política general sobre exámenes preliminares’ publicado en noviembre de 2013, pp. 7-9.

¹³⁵⁵ No olvidemos que las comunicaciones que se le envían a la CPI no son públicas y por tanto no hay manera de saber qué hechos o situaciones de conflicto está barajando la Fiscalía en la fase previa al examen preliminar.

¹³⁵⁶

Gravity is the predominant case selection criteria adopted by the Office and is embedded also into considerations of both the degree of responsibility of alleged perpetrators and charging.

Gravity of crime(s) as a case selection criterion is assessed similarly to gravity as a factor for admissibility under article 17(1)(d). However, given that many cases might potentially be admissible under article 17, the Office may apply a stricter test when assessing gravity for the purpose of case selection than that which is legally required for the admissibility test under article 17.”¹³⁵⁷

Autores como Stegmiller¹³⁵⁸ o Ambos¹³⁵⁹ entienden que la Fiscalía sólo goza de discrecionalidad cuando actúa al amparo del art. 53(1)(c) o 53(2)(c), esto es, cuando decide no abrir una investigación o un caso y la decisión se basa en los ‘intereses de la justicia’. En cuanto a los jueces, sostienen que éstos siempre aplican un criterio legal y objetivo¹³⁶⁰, algo lógico, puesto que corresponde exclusivamente a la Fiscalía seleccionar las situaciones y casos que serán investigados y enjuiciados, aunque, eso sí, la interpretación de los elementos que componen el umbral de gravedad no escapan por completo de la subjetividad. A nuestro modo de ver uno de los problemas que conlleva esta interpretación es que al no haber aún jurisprudencia sólida sobre el concepto “intereses de la justicia” recogido en estas disposiciones del art. 53 que nos permita comprobar cómo ha sido interpretado y aplicado por la Fiscalía para rechazar la apertura de una investigación—y en su caso revisado por los jueces—, se trata de un término que, en palabras de Stahn, “has largely remained a dead letter in practice”¹³⁶¹. Además, este enfoque limita la discrecionalidad de la Fiscalía a los casos en los que actúe bajo esa cláusula, entendiendo que el análisis que realice de los factores que componen la gravedad ha de ser estrictamente legal y sin margen para la valoración subjetiva. Sin embargo, como veremos, tras la jurisprudencia más reciente la discrecionalidad de la Fiscalía para decidir dónde actuar y dónde no se extiende más allá de esa cláusula y de hecho, veremos cómo al contrario de lo que señalan estos autores, la discrecionalidad de la Fiscalía es mayor al amparo de los arts. 53(1)(b) y 53(2)(b) que bajo “los intereses de la justicia”,

¹³⁵⁷ OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 15 September 2016, §§ 5, 6, 36.

¹³⁵⁸ STEGMILLER, Ignaz, “Interpretative gravity under the Rome Statute... *op. cit.*, pp. 603-641.

¹³⁵⁹ AMBOS, Kai, *The Colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court*, Springer, Berlin Heidelberg, 2010.

¹³⁶⁰ STEGMILLER, Ignaz, “Interpretative gravity under the Rome Statute... *op. cit.*, p. 638: “Starting with situation-related gravity, the thresholds under Articles 53(1)(b), 17(1)(d), and Article 53(1)(c) differ significantly. In contrast to the suggested low threshold with regard to legal gravity, the relative threshold is applied to a higher level of gravity. The same applies with regard to case-related gravity under Articles 53(2)(b), 17(1)(d), and Article 53(2)(c). The legal gravity threshold regarding cases is considerably lower, whereas the relative case selection must operate on a high level of gravity given the enormous number of potential cases within the Court’s jurisdiction. (...) It is now left to the OTP to clarify when a situation or case is rejected based on gravity for admissibility reasons, and when the Prosecutor prioritizes situations or cases based on relative gravity.”

¹³⁶¹ STAHN, Carsten, “Admissibility challenges before the ICC..., *op. cit.*, p. 229.

puesto que cuando la Fiscalía decide no abrir una investigación o caso basándose en esta cláusula, los jueces pueden revocarla de oficio, lo que no sucede en los casos restantes.

Partiendo también de dos perspectivas similares a las de los autores anteriores, DeGuzman analiza el criterio de gravedad pero ofreciendo un enfoque más matizado y que en gran medida compartimos por considerar que se ajusta más a la realidad. Por un lado, entiende que el ER provee una base legal y normativa para la competencia de la CPI y por otro que la gravedad también actúa como criterio relativo y factor fundamental en la discrecionalidad de la Fiscalía en relación a la selección de situaciones y casos, criterio éste que como bien apunta la autora, no recoge el ER sino la propia labor diaria de la Fiscalía¹³⁶². Considera que al amparo del ER, ésta tiene discrecionalidad para valorar la gravedad relativa de los casos potenciales cuando se trata de iniciar investigaciones *motu proprio*, esto es, por ejemplo comparar casos potenciales de entre múltiples opciones al decidir si solicitar o no autorización para investigar, aunque cuestiona que goce de tal amplio margen de maniobra cuando las situaciones le son remitidas¹³⁶³. Ciertamente, la gravedad relativa, ligada a la discrecionalidad y a la política procesal, cobra más relevancia cuando la Fiscalía, de *motu proprio*, se plantea la posibilidad de abrir investigaciones y casos en situaciones en las que no intervienen ni los Estados ni el CS mediante remisiones. Es precisamente en esas circunstancias cuando, además de realizar el análisis del umbral de gravedad con sus respectivos factores legales, compara y valora diferentes violaciones masivas de derechos humanos entre sí para priorizar y por ende decidir qué investigaciones abrir y dentro de éstas qué casos seleccionar. Así, la tesis de esta autora es la siguiente:

“The suggested procedures establish a clear distinction between the gravity threshold for admissibility and the discretionary use of gravity in selecting situations and cases. The gravity threshold analysis requires the Prosecutor and Court to balance the various factors affecting gravity, while the Prosecutor’s selection decisions necessitate prioritizing certain ICC objective and sometimes audiences over others.”¹³⁶⁴

¹³⁶² DeGUZMAN, Margaret M., *op. cit.*, pp. 1403-1404: “the regime’s focus on gravity leaves little doubt that relative seriousness should inform at least some of the Prosecutor’s most important decisions. In other words, in exercising his discretion to select and reject situations and cases, the Prosecutor should consider, among other things, the degree of gravity each situation or case presents in relation to others the Court might pursue.”

¹³⁶³ *Ibid.*, p. 1415. Esto es lógico porque en el caso de remisiones estatales o del CS si la Fiscalía rechaza iniciar una investigación deberá justificar su decisión, que en el caso de estar basada en el art 53(1)(c) podrá ser revocada de oficio por los jueces, mientras que en el caso del ejercicio *motu proprio* nada obliga a la Fiscalía a abrir una investigación y la decisión de no abrirla, aunque pueda ser criticada, no puede ser impugnada ni revisada.

¹³⁶⁴ *Ibid.*, p. 1449.

En este sentido, con múltiples y diversas comunicaciones recibidas de la mano de diferentes actores, la Fiscalía puede justificar abrir una investigación en un determinado contexto y no en otro, no basándose exclusivamente en el art. 17(1)(d) del ER, sino también en cuestiones de política procesal, por ejemplo por considerar más oportuno el inicio de una investigación determinada frente a otra por motivos económicos o por la viabilidad y facilidad para construir casos. En cambio, cuando recibe la remisión de una situación no resulta tan obvio a la luz del ER que pueda, sin perjuicio de poder rechazar la apertura en base a los intereses de la justicia, negarse a abrir una investigación por motivos que excedan el umbral del art. 17(1)(d), es decir, por motivos que disten del análisis de gravedad legal.

En cualquier caso la lectura que haga de cada uno de los factores será propia y subjetiva y responderá al contexto de los hechos que se estén analizando. Sin embargo, dado que la selección de casos escapa al control judicial y que los medios de los que dispone la CPI son cada vez más escasos, resulta ilógico pensar que la Fiscalía no tiene en cuenta una serie de factores que condicionan su labor y por ende sus decisiones¹³⁶⁵. Como veremos, en la práctica la gravedad sólo ha planteado problemas bien cuando la Fiscalía ha decidido no iniciar una investigación por considerar que no se alcanza una gravedad suficiente o bien cuando algunos acusados por la CPI han impugnado su causa en base a este criterio. No obstante, los debates principales han tenido lugar allí donde aún no ha sido abierto ningún caso, es decir, en la fase situacional. Esto significa que la mayor parte de las decisiones de política interna que la Fiscalía haya adoptado en relación a la gravedad no han sido cuestionadas.

3.2. Evolución interpretativa y aplicación de la gravedad a situaciones y casos

Hasta la entrada en vigor en 2009 del Reglamento de la Fiscalía adoptado al amparo del art. 42(2) del ER y la Regla 9 de las RPP no había un criterio legal concreto sobre la cuestión de la gravedad. Aunque la Fiscalía reconociera a comienzos de su operatividad en 2005 que la gravedad es uno de los criterios más importantes para la selección de situaciones y casos, en

¹³⁶⁵ *Ibid.*, p. 1460: “The Prosecutor does not simply select cases at the very top of the gravity spectrum and reject those at the very bottom; he makes most of his decisions in the middle. The majority of cases that present themselves as viable prosecutorial options (e.g., evidence and defendants are obtainable) will score high on some of the gravity factors and lower on others. In those cases, the Prosecutor must decide which factors and goals he considers most important. In doing so he will often be prioritizing the legitimacy perspectives of some audiences over others.

los primeros años de mandato no prestó demasiada atención al criterio legal recogido en el art. 17(1)(d) del ER. La primera vez que hizo referencia a este concepto fue con las situaciones de la RDC, Uganda y Darfur, aunque sin llegar a profundizar en su contenido¹³⁶⁶. En opinión de Schabas, el hecho de que la Fiscalía se centrara más en este criterio a partir del año 2005 respondió a razones de pragmatismo y oportunismo para defender los primeros casos seleccionados¹³⁶⁷, es decir, la CPI necesitaba casos para empezar a funcionar y a ojos de la Fiscalía las situaciones abiertas entonces tras las primeras remisiones ofrecían escenarios de violaciones lo suficientemente graves como para justificar la apertura de los casos seleccionados¹³⁶⁸. Los factores que tenía en cuenta y que valoraba en esos primeros años de mandato para el análisis de la gravedad de una situación o de un caso se recogían en declaraciones e informes sobre políticas procesales, que señalaban como determinantes el número de personas asesinadas, el número de víctimas de crímenes contra la integridad física,

¹³⁶⁶ MORENO-OCAMPO, Luis, “Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives” en *American University International Law Review*, vol. 21, n° 4, Symposium: International Criminal Tribunals in the 21st Century, 2005, p. 498: “Gravity is one of the most important criteria for selection of our situations and cases. The Congo is the gravest situation under our treaty jurisdiction, and Northern Uganda is the second gravest. Darfur, referred to the Court by the Security Council, is even graver still. My three situations are in Africa precisely because of the gravity criterion.

I have to focus on gravity. The gravity criterion presents a number of challenges, however. One factor is the number of victims, particularly of the most serious crimes such as killings, because killings are normally reported. Another factor is the impact of crimes. In the Congo a few months ago, guerrilla groups attacked and killed ten Blue Helmets; their goal was to force the U.N. to withdraw. It would be catastrophic without the U.N. in the east of the Congo. Is gravity just the number of killings, or is it other factors, with wider-scale implications?”; *Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting of Legal Advisors of Ministries and Foreign Affairs*, New York, 24 October 2005, p. 6: “Case selection is carried out through careful analysis based on the principles of objectivity and impartiality, and in accordance with the criteria set out in Article 53 of the Rome Statute. Among the most important of these criteria is gravity. We are currently in the process of refining our methodologies for assessing gravity. In particular, there are several factors that must be considered. The most obvious of these is the number of persons killed – as this tends to be the most reliably reported. However, we will not necessarily limit our investigations to situations where killing has been the predominant crime. We also look at number of victims of other crimes, especially crimes against physical integrity. The impact of the crimes is another important factor.”; ICC-OTP, *Report on the activities performed during the first three years (June 2003-June 2006)*, pp. 6-7: “In selecting its cases, the Office is guided by the standard of gravity as mandated by the Rome Statute. The situations in the Democratic Republic of the Congo (“DRC”) and Northern Uganda were the gravest admissible situations under the jurisdiction of the Court, and the situation in Darfur, the Sudan, also clearly met the gravity standard. The Office understands concerns about a geographic focus, but regional balance is not a criterion for situation selection under the Statute.”, disponible en:

https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/70CB178C-15C7-4BDB-B09E-9E93CEFOE165/143610/3yearreport20060914_English.pdf (última visita 18-05-17).

¹³⁶⁷ SCHABAS, William A., “Gravity and the International Criminal Court” en Eboe-Osuji, Chile (Ed.), *Protecting humanity: essays in International Law and Policy in honour of Navanethem Pillay*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, p. 702.

¹³⁶⁸ *Ibid.* This author explains this issue perfectly well when he states that “Gravity served as a very useful concept in rationalizing the focus on certain rebel groups, and the parallel reluctance to proceed against pro-government forces in those same conflicts, as well as situations in which the armies of permanent members of the Security Council were involved. In the *Situation in Uganda*, where the Prosecutor applied for and obtained arrest warrants against rebel leaders, he justified ignoring the atrocities perpetrated by government forces because their crimes were not sufficiently numerous and therefore not grave enough.”

la severidad de los crímenes, la sistematicidad, la naturaleza, la manera de comisión y el impacto¹³⁶⁹.

3.2.1. Primer debate: Irak

Este concepto comenzó a adquirir una mayor relevancia a raíz de la decisión de la Fiscalía de febrero de 2006 de no abrir una investigación en la situación en Irak tras las comunicaciones recibidas sobre las violaciones cometidas por las tropas británicas en el contexto de la invasión armada¹³⁷⁰. Moreno-Ocampo expuso que había fundamento razonable para creer que se habían cometido crímenes de guerra de asesinato y trato inhumano pero, en vista de que el número de víctimas en este contexto era menor que en otras situaciones bajo investigación o en fase de exámen preliminar en la Oficina¹³⁷¹, concluyó que estos crímenes eran menos graves que los sucedidos en las situaciones de Uganda, la RDC o Darfur y que por lo tanto, la situación en Irak no cumplía el umbral requerido por el art. 17(1)(d) del ER. Así, al inicio de la práctica de la CPI la Fiscalía trataba el umbral de gravedad como un análisis relativo basado principalmente en el número de víctimas de cada situación, es decir, comparaba las situaciones y su gravedad entre sí centrándose en la escala.

¹³⁶⁹ *Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting of Legal Advisors of Ministries and Foreign Affairs*, New York, 24-10-05: “We are currently in the process of refining our methodologies for assessing gravity. In particular, there are several factors that must be considered. The most obvious of these is the number of persons killed – as this tends to be the most reliably reported. However, we will not necessarily limit our investigations to situations where killing has been the predominant crime. We also look at number of victims of other crimes, especially crimes against physical integrity. The impact of the crimes is another important factor.” Disponible en:

https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9D70039E-4BEC-4F32-9D4A-CEA8B6799E37/143836/LMO_20051024_English.pdf (última visita 18-05-17); *Statement by Luis Moreno-Ocampo, Fourth Session of the Assembly of States Parties*, 28 November 2005, disponible en: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/0CBFF4AC-1238-4DA1-9F4A-70D763F90F91/278514/LMO_20051128_English.pdf

(última visita 18-05-17). El exfiscal expone la gravedad como el criterio que justifica la selección de ciertos casos en las situaciones abiertas; *The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003-June 2006)*, 12 September 2006; *The Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy*, 14 September 2006 (hereinafter Prosecutorial Strategy): “The Office also adopted a “sequenced” approach to selection, whereby cases inside the situation are selected according to their gravity. Although any crime falling within the jurisdiction of the Court is a serious matter, the Statute clearly foresees and requires an additional consideration of “gravity” whereby the Office must determine that a case is of sufficient gravity to justify further action by the Court. In the view of the Office, factors relevant in assessing gravity include: the scale of the crimes; the nature of the crimes; the manner of commission of the crimes; and the impact of the crimes”, p. 5, disponible en:

https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf (última visita 18-05-17).

¹³⁷⁰ ICC-OTP, Response to communications received concerning the situation in Iraq, 9 February 2006.

¹³⁷¹ ICC-OTP, Communication concerning the situation in Iraq, p. 9

A juicio de Schabas la explicación de Moreno-Ocampo no era convincente porque ignoraba que, debido a la invasión de Irak por parte de Estados Unidos y Reino Unido en 2003, este país ha sido desde entonces el escenario de múltiples violaciones masivas de derechos humanos en forma de asesinatos a civiles o desplazados. En este sentido, critica que la Fiscalía se centrara en actos específicos atribuibles a las tropas británicas sobre los que tenía información y pruebas en lugar de extender la posible investigación al contexto de la guerra en dicho territorio, que incluiría una variedad más amplia de crímenes de igual o mayor gravedad¹³⁷². El Zeidy también se mostró crítico con la postura de la Fiscalía y comparó dicha decisión con la que tomó poco después en relación al caso *Lubanga*, abierto en la situación de la RDC: “When compared to the crimes of willful killings, killing or rape committed by the British soldiers in Iraq, one may question which crime is more serious: willful killing or conscripting children?”¹³⁷³. Sin embargo, este autor compara una situación en la que se habían cometido abusos por parte de soldados británicos con un caso específico en lugar de comparar la primera con la situación genérica de la RDC en su conjunto, una comparación que por tanto consideramos algo desacertada.

A nuestro modo de ver, la decisión de la Fiscalía puede generar consenso o no, es decir, se puede estar de acuerdo o no con tal valoración situacional sin perder de vista que la decisión final de abrir o no una investigación corresponde exclusivamente a este órgano. En este sentido, resulta importante señalar que hasta la fecha el debate—principalmente doctrinal—en torno a la gravedad se ha dado cuando la Fiscalía ha tomado la decisión de no proceder con una investigación por no considerar la situación lo suficientemente grave. Esto tiene mucho sentido, pues cuando la Fiscalía procede ante un contexto de crímenes de su competencia, no resulta muy probable que vaya a ser criticada por decidir poner en marcha una investigación,

¹³⁷² SCHABAS, William A., *Unimaginable atrocities*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 86; *Ídem*, “Prosecutorial discretion v. judicial activism” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, nº 4, 2008, pp. 740-741: “Thus, for example, the Prosecutor decided to go no further with investigations in Iraq, justifying the decision on the grounds that there were substantially more victims in Uganda and the DRC, where situations were being investigated pursuant to State Party referrals. He did not, however, compare the situation in Iraq or for that matter the situations in the central African countries, with those elsewhere in the 106 states over which he has territorial jurisdiction. It may be possible to argue that the situations in northern Uganda and Ituri are the most grave of those within the jurisdiction of the Court, but no such demonstration appears in any of the public documents issued by the Office of the Prosecutor. In any event, the Prosecutor did not ‘select’ the situations in northern Uganda and the DRC. Rather, these were referred to him by the states themselves in accordance with Article 14 ICC Statute. It is by virtue of this self-selection that they appear at the top of the prosecutorial agenda, rather than any analysis that they manifest the greatest gravity. In practice, then, it has been states themselves that have selected the situations, if not the cases.”

¹³⁷³ EL ZEIDY, Mohamed, “Gravity threshold under the Statute of the... *op. cit.*, pp. 40-41.

puesto que como exponíamos unas páginas atrás, no serán muchas las voces que declaren que unos hechos de su competencia no son lo suficientemente graves como para merecer la atención del tribunal. Como decimos, el problema surge cuando se niega a abrir una investigación por entender que no es lo suficientemente grave, pues a ojos de algunos los hechos sí merecerán ser investigados.

No obstante, lo que sí puede cuestionarse, y estimamos que debe hacerse, es el razonamiento realizado para llegar a esa conclusión. Entendemos las críticas vertidas al respecto y ciertamente puede que el análisis no fuera el más acertado si la pretensión era justificar que debido al escaso número de víctimas no estimaba oportuno abrir una investigación y que consideraba más aconsejable centrar su atención y los recursos de la CPI, que no son ilitimados, en otros contextos. Así, como apunta DeGuzman, dado que comparaba el número de víctimas de esta situación con otras ante la CPI, quizás debiera haber justificado dicha determinación en su discrecionalidad a la hora de iniciar investigaciones *motu proprio*, explicando que sin perjuicio de la gravedad de la situación y de los crímenes cometidos, los recursos limitados le obligaban a priorizarlos y destinarlos o reservarlos a otras situaciones que a su juicio necesitaban de su atención con más urgencia¹³⁷⁴. Lo cierto es que cuando actúa *motu proprio* y tras un examen preliminar decide no iniciar una investigación, su discrecionalidad es prácticamente absoluta, porque a pesar de aplicar una serie de factores legales y objetivos al contexto, sopesará junto a otras valoraciones si conviene o no abrir una investigación. En el caso de Irak podría criticarse el hecho de que al valorar la gravedad únicamente centrarse su atención en la escala o el número de víctimas en lugar de hacerlo también en otros factores, como el hecho de que fueran soldados británicos los presuntos responsables. Sin embargo, en esas fechas el concepto de gravedad y los componentes de ese criterio desde la perspectiva legal en lo que a factor de admisibilidad se refiere, aún estaban por perfilarse.

¹³⁷⁴ DeGUZMAN, Margaret M., *op. cit.*, p. 1433: “A rejection based on resource priorozation simply indicates the Court’s resources are currently insufficient to handle the situation, a circumstance that may change in the future. Finally, defendants and certain states may challenge admissibility but have no standing to object to the Prosecutor’s legitimate exercise of his discretion. By basing his relative gravity decisions on the gravity threshold, the Prosecutor opens the door to litigation surrounding the question of which situations are graver”.

3.2.2. La gravedad de un caso: Ntaganda, Abu Garda y Hussein Ali

Pocos días después de que Moreno-Ocampo publicara el citado Informe sobre Irak, la SCP I tuvo la ocasión de realizar el primer análisis de gravedad de un caso. Se trataba de la revisión de las solicitudes de las órdenes de arresto contra T Lubanga y Ntaganda en el marco de la investigación en la RDC, solicitud que fue rechazada contra el último por considerar los jueces que su caso no satisfacía el umbral de gravedad del art. 17(1)(d). Una de las cuestiones más controvertidas señaladas en la decisión de la SCP I¹³⁷⁵ fue la afirmación de que la gravedad debía evaluarse en base a tres elementos: i) la posición que ocupa la persona en cuestión, ii) el papel que desarrolla esta persona cuando las entidades estatales, organizaciones o grupos armados al que pertenezcan cometen los crímenes y iii) el papel desarrollado por dichas entidades estatales, organizaciones o grupos armados. Los jueces señalaron que en función de la posición que ocupen los individuos, éstos son quienes pueden parar o prevenir la comisión de los crímenes¹³⁷⁶ y al mismo tiempo manifestó que el umbral de gravedad es una herramienta provista por los redactores para maximizar el efecto disuasorio de la Corte¹³⁷⁷. Para ello, tomó como ejemplo el precedente de los tribunales *ad hoc*, concretamente la Resolución 1534 del CS que instaba a estos tribunales a centrarse en los altos cargos más responsables de los crímenes¹³⁷⁸. De esta manera, los jueces estaban señalando que la CPI sólo debía centrar su atención en aquellos casos en los que los acusados ostenten cargos de relevancia en el aparato del Estado, organización o grupo armado.

Junto con estas consideraciones, la sala añadió que este criterio debe evaluarse en relación a ‘la alarma social’ asociada a los crímenes en cuestión, un concepto que fue construido por los jueces al entender éstos que el reclutamiento y alistamiento de menores de quince años para hacerles partícipes en las hostilidades es un crimen que provoca una alarma social en la comunidad internacional. Este estándar de construcción jurisprudencial por parte de la SCP se basaba en la idea de que la selección de crímenes de la competencia de la CPI ya eran graves de por sí y que por tanto, si se aceptaban instancias aisladas de criminalidad, el umbral de

¹³⁷⁵ Para un interesante análisis crítico de la decisión de la SCP I véase SMITH, Stephen E., “Inventing the laws of gravity: the ICC’s initial *Lubanga* decision and its regressive consequences” en *International Criminal Law Review*, vol. 8, nº 1, 2008, pp. 331-352.

¹³⁷⁶ *Situation in Democratic Republic of the Congo*, “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58”, PTC I, 10-02-06, §s 51, 55.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, § 55.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, §s 56-60.

gravedad adicional recogido en el art. 17(1)(d) del ER quedaba vacío de sentido. Así, entendieron que para que un caso alcance el umbral de gravedad la conducta debe presentar unas características que la hagan especialmente grave¹³⁷⁹. Tras evaluar la gravedad de ambos casos en base a esta serie de factores y criterios la orden sólo fue emitida contra Lubanga y por razones obvias ésta no fue impugnada por la Fiscalía ni lo fue tampoco la admisibilidad de su caso por el individuo¹³⁸⁰, pero la negativa de la SCP I a emitir una orden contra Ntaganda sí fue satisfactoriamente recurrida por la Fiscalía, lo que obligó a la SCP I a corregir su postura y finalmente a emitir una orden de arresto contra aquél.

Respecto a la admisibilidad, la Fiscalía cuestionó la potestad de los jueces para realizar un análisis de esa naturaleza en la fase de la emisión de una orden de arresto, pues ninguna de las órdenes anteriores recogía dicha evaluación. Asimismo, señaló que el estándar empleado por los jueces limitaba indebidamente su discrecionalidad procesal y hacía imposible la investigación y enjuiciamiento contra criminales que se encuentren en escalas inferiores de la cadena mando¹³⁸¹. La SA refutó cada uno de los argumentos de la SCP I. Consideró primeramente que si bien no cabe duda de que los jueces, en virtud del art. 19(1) del ER, deben asegurarse de tener competencia sobre el caso, corrigió a la SCP señalando que a diferencia de la competencia, la determinación de la admisibilidad no es un prerequisite para la emisión de una orden de arresto¹³⁸² y en este caso las circunstancias no garantizaban los intereses del sospechoso porque los procedimientos se estaban llevando a cabo *ex parte*, de manera que éste estaba siendo completamente ajeno al proceso abierto en su contra. Concluyó así que la SCP I no debió haber realizado un análisis de admisibilidad, y aunque no tenía la necesidad de analizar el criterio de gravedad, la SA justificó hacerlo *obiter dicta* con vistas a esclarecer el papel de la gravedad en la determinación de la admisibilidad, entendiendo que debía corregir los errores en la interpretación del art. 17(1)(d) del ER realizada por la SCP I debido al impacto negativo que dicho análisis podría generar en la jurisprudencia futura¹³⁸³.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, §s 45-46.

¹³⁸⁰ Recordemos que Lubanga se enfrentaba a crímenes más graves en sede nacional, por lo que, entendiendo que su enjuiciamiento ante la CPI sería más beneficioso que un procedimiento en la RDC por crímenes de mayor envergadura, no era de su interés discutir la gravedad de su caso con la Fiscalía.

¹³⁸¹ *Ibid.*, § 66.

¹³⁸² *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’”, AC, 13-07-06, § 52.

¹³⁸³ *Ibid.*, § 54.

Así, en relación al concepto de ‘alarma social’ expuso que el ER no lo recoge y que se trata de un término sujeto a reacciones subjetivas sobre los crímenes y por lo tanto inadecuado para la determinación de la admisibilidad¹³⁸⁴. Cuestionó igualmente la necesidad de centrar los esfuerzos de la CPI en los altos mandos o dirigentes, pues a pesar de afirmar que esto sí podría provocar un efecto disuasorio, la afirmación de la SCP I de que dicho efecto es máximo si se excluyen otras categorías de criminales le pareció incomprensible, manifestando que el mayor efecto disuasorio se logra no excluyendo ninguna categoría del alcance de la CPI¹³⁸⁵. En este sentido, apuntó que la referencia a los tribunales *ad hoc* no era acertada ya que dicha resolución del CS fue emitida como parte de la estrategia de finalización de los procesos, subrayando al mismo tiempo que éstos habían investigado y enjuiciado a individuos de varios rangos. Lo cierto es que esta sala presentó un razonamiento detallado para rebatir el análisis de gravedad realizado por la SCP I, pero no trazaron su propia interpretación del umbral de gravedad¹³⁸⁶. Schabas señala que la decisión de la SA fue prácticamente intrascendente y el concepto de gravedad irrelevante en términos de resolución judicial y carente de impacto mensurable en la política procesal de la Fiscalía, pues después de todo “neither the Appeals Chamber nor the Pre-Trial Chamber can force the Prosecutor to pursue anyone other than a senior leader if that is his choice”¹³⁸⁷. Si de algo sirvió entonces la intervención de la SA fue para mantener el equilibrio entre la Fiscalía y los jueces y para ilustrar que es la primera quien fija la agenda a través de su poder discrecional¹³⁸⁸.

En febrero de 2010 los jueces tuvieron una nueva ocasión para determinar el criterio de la suficiente gravedad y el estándar de su análisis en la decisión de confirmación de cargos contra Abu Garda, en el contexto de la investigación en Darfur¹³⁸⁹. Sin embargo, para entonces ya había entrado en vigor el Reglamento de la Fiscalía adoptado al amparo del art. 42(2) del ER y la Regla 9 de las RPP, que vino a consolidar las principales políticas de la

¹³⁸⁴ *Ibid.*, § 72.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, § 79: “The reference in paragraph five of the Preamble to ‘perpetrators’ is not prefixed by the delineation ‘most serious’ or ‘most responsible’. Such language does not appear elsewhere in the Statute in relation to the category of perpetrators. Had the drafters of the Statute intended to limit its application to only the most senior leaders suspected of being most responsible they could have done so expressly.”

¹³⁸⁶ En su voto particular y parcialmente contrario, el Juez Piki trató de determinar el umbral de gravedad, pero no desarrolló el test más allá de unas ideas iniciales: *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’”, AC, 13-07-06, Separate and partially dissenting opinion of Judge Georghios M. Piki.

¹³⁸⁷ SCHABAS, William A., “Gravity and the International Criminal Court”, *op. cit.*, p. 706.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

¹³⁸⁹ *ICC Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 08-02-10.

Oficina sobre la selección de casos, complementariedad positiva, gravedad, los intereses de la justicia, víctimas, recursos humanos y gestión¹³⁹⁰. Así, los factores de gravedad a tener en cuenta por la Fiscalía quedaron recogidos en la Norma 29(2): “In order to assess the gravity of the crimes allegedly committed in the situation the Office shall consider various factors including their scale, nature, manner of commission, and impact. (...) In acting under article 53, paragraph 2, the Office shall apply *mutatis mutandis* sub-regulations 1 to 4”¹³⁹¹. Esta disposición se inspiró en los informes emitidos hasta la fecha pero sobre todo en el borrador de junio de 2006 sobre selección de situaciones y casos que nunca llegó a publicarse¹³⁹².

En este caso se analizaban ataques contra personal de operaciones de paz, crímenes que como consecuencia trajeron la desprotección de un elevado número de civiles en términos de seguridad y ayuda humanitaria y que generaron un fuerte impacto entre la población local. Si bien la SCP I convino con la Fiscalía que esos cuatro factores recogidos en la Norma 29(2) son esenciales en el análisis de la gravedad de un caso, aportó un nuevo elemento y señaló que dichos factores no pueden evaluarse desde una perspectiva meramente cuantitativa, sino que también debe incluirse una dimensión cualitativa del crimen en cuestión¹³⁹³. Además, la SCP I añadió que algunos de los factores recogidos en la Regla 145(1) de las RPP¹³⁹⁴—que la Sala debe tener en cuenta al determinar la pena— podrían ser directrices útiles para la evaluación del umbral de gravedad del art. 17(1)(d). En particular, estos factores incluyen “la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la

¹³⁹⁰ ICC-OTP, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1 February 2010, p. 2, disponible en:

<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf> (última visita 18-05-17).

¹³⁹¹ ICC-OTP *Regulations of the Office of the Prosecutor*, en vigor desde el 23 de abril de 2009.

¹³⁹² SCHABAS, William A., “Prosecutorial discretion v. Judicial Activism” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n° 4, p. 747, footnote 77.

¹³⁹³ *ICC Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 08-02-10, § 31. Los jueces cuestionaron que el análisis de gravedad se basara exclusivamente en valoraciones cuantitativas (§ 31 nota al pie 58), para lo que tomaron como referencia el siguiente trabajo: WILLIAMS, S.A., SCHABAS, W.A., “Issues of Admissibility” en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, 2 ed., Oxford, 2008, p. 622.

¹³⁹⁴ Regla 145, imposición de la pena:

“1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78:

a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal;

b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen;

c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.”

conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen”¹³⁹⁵. A diferencia por lo tanto de lo dispuesto en 2006, esta vez la SCP I descartó factores relativos a la posición jerárquica, rango o función del criminal y en su lugar adoptó un enfoque con perspectiva en la víctima, centrándose en el daño o impacto causado por los crímenes.

Finalmente, hasta la fecha ha habido dos casos en los que se ha impugnado la admisibilidad por gravedad insuficiente, uno en la investigación de Kenia y otro en Costa de Marfil. El primero es el caso *Hussein Ali*, cuya Defensa expuso que su caso no era lo suficientemente grave para cumplir el umbral de gravedad exigido por el art. 17(1)(d) por ser actos de omisión lo que se le imputaba y porque no se le acusaba como autor directo¹³⁹⁶. La SCP II señaló que la imputación de crímenes por omisión no implica que la gravedad del caso sea insuficiente, ya que no hay nada en ER que permita excluir la omisión del alcance de la CPI, e incluso desde un punto de vista jurídico, una lectura del art. 17(1)(d) que redujese el contenido de la competencia de la CPI en tal caso sería contraria a su objeto y propósito. Asimismo, respecto al segundo argumento de la Defensa señaló que no sólo los casos contra los autores directos son lo suficientemente graves para justificar la acción de la CPI, pues esa interpretación privaría de significado al art. 25(3)(d) del ER¹³⁹⁷. En este caso una vez más los jueces dejaban claro su distanciamiento de la interpretación rígida adoptada por la SCP I en 2006 respecto a la orden de arresto contra Ntganda, mostrando una gran flexibilidad en lo que a la posición y función del acusado se refiere.

Más recientemente, en el caso *Blé Goudé* la Defensa impugnó igualmente la admisibilidad de su caso por gravedad insuficiente al amparo del art. 19 del ER¹³⁹⁸, esgrimiendo que el número de víctimas, el ámbito temporal y el geográfico eran extremadamente limitados y que además, al no tratarse de un líder político ni militar, el acusado no podía considerarse uno de los líderes superiores según lo dispuesto en la jurisprudencia del TIPY¹³⁹⁹. En su respuesta la SCP I se apoyó en la jurisprudencia anterior de las situaciones de Kenia y Costa de Marfil y

¹³⁹⁵ *ICC Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 08-02-10, § 32.

¹³⁹⁶ *ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta And Mohammed Hussein Ali*, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, PTC II, 23-01-12, § 45.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, § 47.

¹³⁹⁸ *ICC Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, “Decision on the Defence challenge to the admissibility of the case against Charles Blé Goudé for insufficient gravity”, PTC I, 12-11-14.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, § 16.

del caso *Abu Garda* y respondió en primer lugar que, según lo dispuesto en 2006 por la SA, ninguna categoría de responsabilidad debe ser excluida del alcance de la CPI y que por lo tanto la referencia a la práctica sustantiva y procesal del tribunal *ad hoc* en el contexto de la aplicación del art. 17(1)(d) del ER era errónea. En segundo lugar, los jueces consideraron que la gravedad del caso debía valorarse teniendo en cuenta todos los aspectos relevantes de las alegaciones de la Fiscalía y no limitándose a factores considerados de forma aislada como el reducido número de víctimas o el supuesto ámbito temporal y geográfico¹⁴⁰⁰. Así, pues, la sala estimó que factores como la naturaleza, la escala y las maneras de comisión tenían especial relevancia en la determinación de la gravedad del caso y en consecuencia concluyó que tratándose de ataques contra civiles que se habían llevado a cabo como parte de un ataque sistemático y generalizado más amplio siguiendo una política o un plan a tal efecto en el que el papel del acusado fue esencial, el caso era lo suficientemente grave¹⁴⁰¹.

3.2.3. La gravedad situacional: una formulación distinta

Poco después de que la SCP I emitiera su decisión sobre el caso *Abu Garda*, la SCP II autorizó la investigación en Kenia aportando un nuevo enfoque para el análisis de gravedad. En esta ocasión no se trataba de un caso sino de una situación y los jueces establecieron algunas directrices para evaluar la gravedad en esta primera fase. El material presentado por la Fiscalía en 2009 junto con la solicitud de autorización judicial contenía información sobre la escala de la violencia, las características masivas y sistemáticas de los ataques, los brutales modos de comisión de los crímenes, el impacto, así como la selectividad de las víctimas basada en su etnia¹⁴⁰². Ni el rango ni la función de los autores fueron incluidos en el análisis de gravedad presentado por la Fiscalía, aunque los individuos señalados por ésta como potenciales sujetos de la investigación eran altos cargos del aparato estatal.

En la decisión del 31 de octubre de 2010 la SCP II estableció el criterio para autorizar una investigación en dicha situación, introduciendo por primera vez conceptos como el de “caso potencial” en el análisis de gravedad de una situación. Así, determinó que la admisibilidad de

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, §§ 18-19.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, §§ 21-22.

¹⁴⁰² *Situation in the Republic of Kenya*, “Request for authorization of an investigation pursuant to Article 15”, PTC II, 26-11-09, §§ 56-59.

una situación debía hacerse teniendo en cuenta los siguientes factores que definen o componen un “caso potencial”:

- “i) el grupo de personas implicadas que probablemente sean el foco de la investigación con el fin de determinar los casos futuros; y
- ii) los crímenes de la competencia de la CPI presuntamente cometidos durante los incidentes que probablemente sean el foco de la investigación con el fin de determinar los casos futuros.”¹⁴⁰³

En cuanto al primer elemento de un “caso potencial”, la SCP II consideró que se trata de una evaluación genérica acerca de si esos grupos que potencialmente formen el objeto de la investigación incluye a aquéllos con mayor responsabilidad por los crímenes cometidos¹⁴⁰⁴. Igualmente confirmó que el material aportado por la Fiscalía hacía referencia a los altos cargos de las personas que probablemente serían objeto de la futura investigación y su supuesta función en la incitación, planificación, financiación etc. en la violencia, lo que los jueces entendieron que satisfacía el primer elemento de la gravedad¹⁴⁰⁵. En cuanto al segundo elemento, los jueces expresaron que la gravedad de los crímenes se evaluaría en el contexto de su *modus operandi* y basándose en la decisión en el caso *Abu Garda* adoptaron un enfoque cuantitativo y cualitativo¹⁴⁰⁶.

Esta decisión levantó ciertas críticas. Se criticó el hecho de que la Fiscalía no indicase en la solicitud de autorización los motivos que le llevaron a seleccionar esa situación antes que otras o por qué consideraba Moreno-Ocampo que esa situación era más acuciante¹⁴⁰⁷. Asimismo, puede apreciarse que en esta decisión los jueces retomaron el elemento del rango del autor o su alto cargo en el análisis de la gravedad sin motivar este razonamiento y su relevancia en la fase de la gravedad situacional cuando ya había sido rechazado por la SA como elemento de la gravedad de un caso. Dado que no se recurrió esta decisión esta cuestión no fue disputada ni aclarada en instancia de apelación.

¹⁴⁰³ *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”, PTC II, 31-03-10, § 50.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, § 60.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, § 198.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, §§ 61-62.

¹⁴⁰⁷ SCHABAS, William A., “Victor’s Justice: Selecting “Situations” at the International Criminal Court” en *Journal of Marshall Law Review*, vol. 4, n° 3, 2010, p. 544: “The application to open an investigation in Kenya sets out a number of reasons justifying the gravity of the situation, including the impact on victims. But there is nothing in the application to indicate why the situation in Kenya is more compelling than other situations elsewhere in the world that may fall within the jurisdiction of the Court. Perhaps the Prosecutor did not feel he needed to justify this aspect of his discretion in an application to the Pre-Trial Chamber under Article 15. Still, he needs to justify it to the general public.” En líneas similares NMAJU, M. C., “Violence in Kenya: Any Role for the ICC in the Quest of Accountability?” en *African Journal of Legal Studies*, vol. 3, n° 1, 2009, pp. 78-95.

En la solicitud para autorizar la investigación en Costa de Marfil emitida en junio de 2011 la Fiscalía explicó que había examinado la gravedad de los casos potenciales basándose en una lista preliminar de personas o grupos que parecían ser los más culpables de los crímenes más serios y subrayó sus altos cargos políticos o de mando y su función en los actos de violencia en el apartado de gravedad¹⁴⁰⁸. De este modo la Fiscalía siguió el criterio expuesto previamente por la SCP II en la situación de Kenia en cuanto a la evaluación de este criterio y sus componentes. Asimismo, los jueces consideraron la escala de los crímenes y especialmente el cargo y función de los individuos que probablemente serían el objeto de la investigación¹⁴⁰⁹.

Este cambio de enfoque en cuanto a la gravedad de una situación abierta en virtud del art. 15 del ER también se reflejó en el “Documento de política general sobre exámenes preliminares”, completado en noviembre de 2013. El borrador de este informe, publicado el 4 de octubre de 2010, señalaba que la Fiscalía aplicaría el mismo criterio de gravedad ante situaciones y casos¹⁴¹⁰. Sin embargo, en el documento final esa expresión fue eliminada y en su lugar sólo se recogió que “la Fiscalía evalúa la gravedad de cada uno de los casos que pudieran potencialmente surgir de una investigación de la situación”¹⁴¹¹ basándose en la jurisprudencia de las decisiones de Kenia y Costa de Marfil. A juzgar por esta última práctica judicial y el informe de la Fiscalía, parece que a finales de 2013 ambos órganos habían aceptado y reconocido el criterio reinventado por la SCP II en la decisión de Kenia. De esta manera, los dos factores para evaluar la gravedad en la fase de preliminar habían logrado su propia línea jurisprudencial diferenciada del análisis de gravedad de un caso sin un claro razonamiento acerca de ese distanciamiento.

La práctica más reciente ha venido de la mano de la remisión de las Islas Comoras en mayo de 2013 tras el asalto y ataques por parte de soldados israelíes a buques de la flotilla

¹⁴⁰⁸ *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, PTC III, 23-06-11, §S 56-57.

¹⁴⁰⁹ *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”, PTC III, 03-10-11, §s 201-205.

¹⁴¹⁰ ICC-OTP *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*, publicado el 04-10-10, § 67: “Although any crime falling within the jurisdiction of the Court is serious, article 17(1)(d) requires the Court to assess as an admissibility threshold whether a case is of sufficient gravity to justify further action by the Court. The Office will apply the same assessment in relation to gravity at the situation stage.”

¹⁴¹¹ ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, publicado en noviembre de 2013, § 59.

humanitaria que se dirigía a la Franja de Gaza. Dada la gran relevancia que guarda ésta última en cuanto al criterio de gravedad así como a la revisión judicial al amparo del art. 53(3)(a), se desarrollará en el siguiente apartado.

3.3. El control judicial sobre decisiones de la Fiscalía mediante el artículo 53(3)(a) del Estatuto de Roma

El ER recoge en su art. 53(3) los mecanismos de revisión judicial frente a decisiones de la Fiscalía de no proceder, cuyo objetivo no es otro que garantizar que ésta no ejerza su discrecionalidad de forma arbitraria o abusiva cuando interpreta y aplica el art. 53(1) o (2) del ER. No obstante, el grado de revisión variará en función de la base sobre la cual la Fiscalía haya tomado su decisión:

“a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la SCP podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;

b) Además, la SCP podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la SCP”¹⁴¹².

A tenor de lo dispuesto en este artículo, cuando la Fiscalía decida no abrir una investigación sobre la base de falta de competencia o admisibilidad, los jueces únicamente pueden revisar la decisión y solicitarle que la reconsidere siempre y cuando haya una solicitud previa para ello por parte de quien haya remitido el asunto a la CPI. En cambio, cuando la decisión de no proceder se fundamente en los intereses de la justicia los jueces pueden revocarla. Por el momento, la primera y única vez que se ha empleado este mecanismo de revisión judicial ha sido en relación a la situación remitida por la Unión de las Comoras el 13 de mayo de 2013. El 31 de mayo de 2010 las Fuerzas de Defensa Israelíes (FDI) interceptaron una flotilla humanitaria compuesta por ocho buques que se dirigían a la Franja de Gaza. Al abordarla y hacerse con el control de las naves las FDI mataron a diez personas, hirieron aproximadamente a cincuenta y presuntamente se cometieron cientos de actos crueles contra la dignidad personal y actos de tortura contra un número indeterminado de personas. Uno de

¹⁴¹² Art. 53(3) del ER.

los buques, el *Mavi Marmara*, estaba registrado bajo la Unión de las Comoras, el Estado parte que remitió la situación a la CPI.

Tras el examen preliminar correspondiente la Fiscalía decidió no proceder al inicio de una investigación por considerar que los hechos no satisfacían el umbral de gravedad requerido por el art. 17(1)(d)¹⁴¹³, concluyendo concretamente que los casos potenciales que eventualmente podrían resultar de la investigación concerniente al incidente de la flotilla no alcanzaban el umbral de gravedad recogido en dicha disposición¹⁴¹⁴. Posteriormente, el Estado parte remitente solicitó, mediante el art. 53(3)(a) del ER, la revisión judicial de dicha decisión ante la SCP I, quien, tras rechazar por mayoría prácticamente cada uno de los razonamientos de la Fiscalía en cuanto a los factores de gravedad analizados, solicitó a la Oficina que reconsiderara su postura¹⁴¹⁵. Ésta última, como era previsible, apeló la decisión de la SCP I sobre la base del art. 82(1)(a) del ER y la SA rechazó la admisión de dicho recurso por entender que el art. 82(1)(a) del ER no contempla apelaciones sobre la base del art. 53 del ER, es decir, sólo permite aquellos recursos relativos a la admisibilidad, algo que según la SA no cumplen las decisiones emitidas bajo el art. 53(3)(a).

Se trata de una situación relevante y novedosa por varios motivos. En primer lugar, por ser la primera vez que se activa el mecanismo de revisión judicial—mecanismo que implica la revisión de una decisión de la Fiscalía sobre una situación, no un caso—, así como la primera vez que la Fiscalía rechaza la apertura de una investigación en una situación remitida por un Estado parte. Ahora bien, debe subrayarse que el art. 53(3)(a) no es preciso en cuanto al alcance de la revisión judicial, es decir, no concreta qué es una actuación abusiva por parte de la Fiscalía y en qué medida y en base a qué razonamiento pueden los jueces determinar que se ha cometido un abuso a al decidir no abrir una investigación conforme al art. 53(1)(b) como es el caso. En segundo lugar, por ser la primera revisión judicial centrada en la gravedad situacional y la primera vez que los jueces interpretan el umbral de gravedad y sus componentes de manera exhaustiva en esta fase¹⁴¹⁶. En tercer lugar porque precisamente las

¹⁴¹³ ICC-OTP, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report*, 6 November, 2014.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, §148.

¹⁴¹⁵ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, PTC I, 16-07-15, §s 25-48.

¹⁴¹⁶ Recordemos que los exigüos análisis judiciales anteriores sobre gravedad se dieron en el contexto de casos y no de situaciones.

decisiones derivadas de esta remisión ponen en evidencia la diferencia de criterios seguidos hasta la actualidad para abordar la gravedad situacional y la de un caso, entrando ambas en conflicto en este contexto dada la particularidad de esta situación. Y en último lugar, porque todo ello aborda al mismo tiempo cuestiones situadas en el epicentro del papel que la CPI cumple en la promoción de la justicia internacional, como el grado de discrecionalidad de la Fiscalía para la apertura de investigaciones en situaciones que se le remiten a la CPI así como el alcance del mandato de este tribunal.

3.3.1. Las discrepancias materiales entre la Fiscalía y los jueces

La situación del Mavi Marmara es, tras la decisión sobre la situación de Irak, la segunda vez que la que la Fiscalía rehusa abrir una investigación basándose en la gravedad insuficiente de la situación, con la diferencia de que en aquella ocasión se trataba de exámenes iniciados *motu proprio* y por tanto la decisión de no proceder no estaba sujeta a revisión o control judicial¹⁴¹⁷. Lo que se evalúa y se discute en torno a lo sucedido en la flotilla es la gravedad de la situación y no la de un caso, es decir, se analiza el caso o los casos potenciales que pudieran resultar de la investigación de esa situación, aunque ciertamente el ER sea difuso respecto a la distinción entre la gravedad relativa a una situación y la relativa a un caso¹⁴¹⁸. Sin embargo, en la práctica se trata de una diferencia esencial porque como sabemos, aunque en esta fase la Fiscalía no disponga de potestad investigadora y no pueda evaluar la gravedad de toda una situación de la misma manera en la que lo haría respecto de un caso concreto, únicamente corresponde a este órgano decidir si abrir o no una investigación. Esta cuestión, centro del debate entre la Fiscalía y la SCP I, ha desembocado en determinaciones y conclusiones completamente opuestas.

¹⁴¹⁷ Debe destacarse que el informe sobre Irak no excedió las diez páginas pero esta vez Fatou Bensouda presentó un informe detallado y motivado y de mayor extensión sobre la evaluación de la admisibilidad realizada en virtud del art 53(1) del ER. Este hecho, aunque pueda pasar desapercibido, marca un claro cambio de rumbo en la política de la Fiscalía actual, algo que a nuestro juicio es indicativo de una mayor apuesta por la transparencia. En este sentido véase HELLER, Kevin J., “Thoughts on the Baffling Comoros Declination” en *Opinio juris*, publicado el 18-11-14. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2014/11/18/thoughts-baffling-comoros-declination/> (última visita 18-05-17).

¹⁴¹⁸ Para un análisis más detallado de esta cuestión véase HELLER, Kevin J., “Situational gravity under the Rome Statute” en Carsten Stahn, Larissa van den Herik (Eds.), *Future perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2010, pp. 227- 253.

Como se ha explicado anteriormente, en virtud de la jurisprudencia previa y especialmente desde la apertura de la investigación en Kenia, tanto la Fiscalía como los jueces coinciden en que el marco jurídico aplicable a la evaluación del umbral de gravedad de una situación se compone de: *a)* la evaluación genérica acerca de si los individuos o grupo de personas que potencialmente podrían ser el objeto de una investigación incluye a los más responsables por los crímenes cometidos, y *b)* la valoración de la gravedad de los crímenes cometidos en el marco de los incidentes que potencialmente serían el foco de la investigación¹⁴¹⁹. Asimismo, la jurisprudencia también muestra que la valoración de la gravedad de los crímenes debe hacerse desde un enfoque cuantitativo y cualitativo siguiendo los factores no taxativos de la escala, la naturaleza, la forma de comisión de los crímenes y su impacto, indicadores todos ellos de la gravedad de un caso¹⁴²⁰. Sin embargo, la mayoría de la SCP disintió prácticamente de todos los puntos del análisis de gravedad realizado por la Fiscalía¹⁴²¹.

a) La investigación incluye a los individuos que potencialmente podrían ser los más responsables por los crímenes cometidos

Antes de referirnos a lo dispuesto por la Fiscalía y por los jueces, conviene señalar que la cuestión principal en este punto es determinar lo que se entiende por ‘los más responsables’. Se trata de una expresión con largo recorrido y cuyo origen lo encontramos en un documento de la Oficina de la Fiscalía de 2003 que dispone que “[T]he global character of the ICC, its statutory provisions and logistical constraints support a preliminary recommendation that, as a general rule, the OTP should focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those crimes”¹⁴²². Documentos posteriores de la Oficina demuestran que poner el foco de las investigaciones sobre los casos que impliquen a altos mandos o cargos de responsabilidad siempre ha sido una de las políticas de la Fiscalía¹⁴²³. Sin embargo,

¹⁴¹⁹ *Situation in the Republic of Kenya*, “Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorisation of and investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, PTC II, 31-03-10, §§ 48-50, 55-62; *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, “Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”, PTC III, 15-11-11, §§ 202-205.

¹⁴²⁰ ICC-OTP, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia... op. cit.*, §§ 135-136; PTC I, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision... §21.

¹⁴²¹ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, PTC I, 16-07-15, §§ 16-48.

¹⁴²² ICC-OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, September 2003, p. 7.

¹⁴²³ ICC-OTP, *Prosecutorial strategy 2009-2012*, 01-02-10, pp.6-8: “In Accordance with this statutory scheme, the Office consolidated a policy of focused investigations and prosecutions, meaning it will investigate and

a medida que han pasado los años y la estrategia procesal ha ido adaptándose a nuevas necesidades, la Fiscalía ha flexibilizado esa postura inicial aclarando en los informes estratégicos más recientes que el hecho de construir los casos principalmente sobre individuos en puestos de mando del Estado o de una organización no implica que no puedan llevarse ante la CPI individuos de rango medio o inferior si esto fuera necesario para poder construir posteriormente los casos contra los más responsables¹⁴²⁴. No obstante, en el documento oficial más reciente de la Fiscalía se aclara lo siguiente:

“Regulation 34(1) of the Regulations of the Office and the Prosecution’s Strategic Plan direct the Office to conduct its investigations towards ensuring that charges are brought against those persons who appear to be the most responsible for the identified crimes. In order to perform an objective and open-ended investigation, the Office will first focus on the crime base in order to identify the organizations (including their structures) and individuals allegedly responsible for the commission of the crimes. That may entail the need to consider the investigation and prosecution of a limited number of mid-and high-level perpetrators in order to ultimately build the evidentiary foundations for case(s) against those most responsible. The Office may also decide to prosecute lower level-perpetrators where their conduct has been particularly grave or notorious.

The notion of the most responsible does not necessarily equate with the de jure hierarchical status of an individual within a structure, but will be assessed on a case-by-case basis depending on the evidence. As the investigation progresses, the extent of responsibility of any identified alleged perpetrator(s) will be assessed on the basis of, inter alia, the nature of the unlawful behaviour; the degree of their participation and intent; the existence of any motive involving discrimination; and any abuse of power or official capacity.”¹⁴²⁵

Si bien este último documento oficial es posterior a la situación que estamos analizando, puede que precisamente el debate sobre el particular entre Fiscalía y jueces fuera lo que llevó a ésta a establecer ese cambio de paradigma.

Volviendo a la situación de las Comoras, en relación a las personas que eventualmente pudieran ser objeto de un caso la Fiscalía entendió que no había una base razonable para creer que una investigación pudiera implicar a comandantes o altos mandos de las FDI o a altos cargos israelíes como autores u organizadores de los crímenes identificados¹⁴²⁶. La mayoría de la SCP I rechazó esta conclusión al entender que la Fiscalía debía de haberse preguntado si podía investigar y enjuiciar no a los más responsables en términos políticos o jerárquicos, sino a los más responsables de los crímenes en cuestión, indistintamente del grado del cargo que

prosecute those who bear the greatest responsibility for the most serious crimes, based on the evidence that emerges in the course of an investigation. Thus, The Office Will select for prosecution those situated at the highest echelons of responsibility, including those who ordered, financed, or otherwise organized the alleged crimes.”

¹⁴²⁴ *Prosecutorial Strategy June 2012-2015*, 11- 10-13, p. 14; *OTP Strategic Plan 2016-2018*, p. 16.

¹⁴²⁵ ICC- OTP, *Policy Paper on case Selection and Prioritisation*, 15-09-16, p. 14.

¹⁴²⁶ Public Redacted Version of Prosecution Response to the Application for Review of its Determination under article 53(1)(b) of the Rome Statute, PTC I, 30-03-15, §§ 60-63.

tuvieran¹⁴²⁷, es decir, a los autores directos. Así, consideró que no haber tenido en cuenta este factor tan relevante afectaba a la determinación de la gravedad de los casos potenciales resultantes de la situación y por tanto era erróneo porque, “there appears to be no reason, in the present circumstances and in light of the parameters of the referral and scope of the Court’s jurisdiction, to consider that an investigation into the situation referred by the Comoros could not lead to the prosecution of those persons who may bear the greatest responsibility for the identified crimes committed during the seizure of the *Mavi Marmara* by the IDF”¹⁴²⁸.

En opinión de Heller se trata de dos concepciones incompatibles del factor del ‘criminal potencial’ (*potential perpetrator*). Según este autor, la Fiscalía, aunque no lo expusiera de esa manera ni en esos términos en el informe, al evaluar la gravedad se preguntó si los autores israelíes de los crímenes cometidos a bordo del *Mavi Marmara* eran lo suficientemente relevantes en términos políticos o militares para justificar tiempo y gasto en una investigación formal, siguiendo así aparentemente el enfoque tradicional de los tribunales *ad hoc*. La SCP por su parte, no puso el acento en la relevancia política o militar de los autores, sino que se centró en determinar si la Fiscalía podía enjuiciar a los responsables directos de la comisión de los crímenes en cuestión fuera cual fuera su cargo o posición de poder¹⁴²⁹, enfoque que Heller considera inadecuado en estas circunstancias. Este autor entiende que debido a las circunstancias excepcionales que envuelven esta situación, la Fiscalía no estaba en posición de observar y comparar diferentes casos potenciales dentro de la situación sino que en vista de los hechos, debía valorar si la situación del *Mavi Marmara* en su conjunto era tan grave como para priorizar una investigación formal en este contexto antes que por ejemplo en Afganistán, Georgia o Colombia y para que la investigación en este escenario tuviera algún sentido, al menos los autores o responsables debían ser altos cargos del Estado¹⁴³⁰.

¹⁴²⁷ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, PTC I, 16-07-15, § 23.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, § 24.

¹⁴²⁹ HELLER, Kevin J., “The Pre-Trial Chamber’s dangerous Comoros Review Decision” en *Opinio Juris*, publicado el 17-07-15. Disponible en:

<http://opiniojuris.org/2015/07/17/the-pre-trial-chambers-problematic-comoros-review-decision/> (última visita 18-05-17).

¹⁴³⁰ *Ibid.*

Sin embargo, no podemos pasar por alto que estamos ante una situación que, como ya se ha puesto de manifiesto¹⁴³¹, implicaría un único caso, de manera que no se trata de un examen preliminar al uso en el que la Fiscalía podría detectar numerosos crímenes y presuntos responsables y por ende abrir diversos casos distintos¹⁴³², sino que la evaluación de la gravedad de esta situación se asemeja bastante a la que se haría respecto del caso. Esto hace que sea tentador preguntarse únicamente si éste es lo suficientemente grave como para justificar el enjuiciamiento, cuando en realidad la premisa debería de ser si la situación remitida por las Comoras es lo suficientemente grave en términos generales en relación a otras para justificar una investigación formal¹⁴³³. Al hilo de la interpretación de la mayoría sobre la capacidad de la Fiscalía para investigar y enjuiciar a los más responsables por los crímenes en cuestión¹⁴³⁴, Jacobs nos ofrece una interesante reflexión. En su opinión, la capacidad de la Fiscalía de investigarlos o enjuiciarlos no puede considerarse un criterio a la hora de evaluar la gravedad, entendiéndose que por lógica es incuestionable que su labor principal es perseguir a los más responsables, ocupen el cargo que ocupen. No obstante, señala que si nos centramos en el término “capacidad” a la vista de la improbabilidad de que Israel coopere con la CPI en la entrega de individuos, la Fiscalía efectivamente no sería capaz de enjuiciar a nadie en relación al caso del Mavi Marmara por razones obvias de cooperación. En tal caso, apunta que estaríamos refiriéndonos a un factor que podría ser relevante para la Fiscalía al decidir si investigar o no en abstracto, pero que en realidad es ajeno al criterio de gravedad legal¹⁴³⁵. En pocas palabras, en opinión de la mayoría la Fiscalía debería de haber considerado la posibilidad de investigar y enjuiciar a aquéllos que, sin perjuicio del rango o nivel jerárquico que ostentan en las fuerzas armadas u órganos del Estado, son responsables

¹⁴³¹ JACOBS, Dov, “The Comoros Referral to the ICC of the Israel Flotilla Raid: When a ‘situation’ is not really a ‘situation’ en *Spreading the Jam blog*, publicado el 15-05-13. Acceso en <https://dovjacobs.com/?s=the+comoros+referral+to+icc+of+israel> (última visita 18-05-17).

¹⁴³² WHITING, Alex, “The ICC Prosecutor should reject judges’ decision in Mavi Marmara en *Just Security*, publicado el 20-07-15, disponible en: <https://www.justsecurity.org/24778/icc-prosecutor-reject-judges-decision-mavi-marmara/> (última visita 18-05-17).

¹⁴³³ HELLER, Kevin J., “The Pre-Trial Chamber’s dangerous... *op. cit.*, ver nota 1429.

¹⁴³⁴ Originalmente la SCP se expresó en estos términos: “the conclusion in the Decision Not to Investigate that there was not a reasonable basis to believe that “senior IDF commanders and Israeli leaders” were responsible as perpetrators or planners of the identified crimes does not answer the question at issue, which relates to the Prosecutor’s ability to investigate and prosecute those being the most responsible for the crimes under consideration and not as such to the seniority or hierarchical position of those who may be responsible for such crimes.”

¹⁴³⁵ JACOBS, Dov, “ICC Judges ask the Prosecutor to reconsider decision not to investigate Israeli Gaza Flotilla conduct” en *Spreading the Jam blog*, publicado el 20-07-15, disponible en: <http://dovjacobs.com/2015/07/20/icc-judges-ask-the-prosecutor-to-reconsider-decision-not-to-investigate-israeli-gaza-flotilla-conduct/> (última visita 18-05-17).

de los ataques, lo que en esta ocasión implicaría al menos a los soldados israelíes que directamente cometieron los crímenes.

No obstante, llama nuestra atención el hecho de que además de haber un claro desacuerdo entre la Fiscalía y la SCP I sobre la forma de entender este primer factor de la gravedad situacional que para Jacobs resulta irrelevante, parece no haber consenso siquiera entre las salas. En este sentido, si bien es cierto que la lectura hecha por la SCP I se aproxima a lo establecido por la SA en su conocida decisión de 2006 sobre la orden de arresto contra Bosco Ntaganda¹⁴³⁶—sin olvidar que aquella interpretación se hacía en relación a un caso y no a una situación—la decisión de la SCP II sobre la apertura de la investigación en Kenia sí hacía señalaba la categoría o ranking de los casos potenciales como parte de la evaluación de este factor de la gravedad¹⁴³⁷, a diferencia de lo que en esta ocasión proclama la mayoría. Por lo tanto, de este desacuerdo sobre cómo entender la noción de “los más responsables” se desprende que no hay un criterio unificado aún respecto la relevancia del cargo en cuanto a la determinación de la gravedad situacional¹⁴³⁸. En las situaciones de Kenia y Costa de Marfil tanto jueces como Fiscalía se mostraron de acuerdo con los casos potenciales que ésta señaló para la apertura de la investigación, casos potenciales que sí apuntaban a dirigentes, altos cargos del gobierno e individuos cercanos al aparato estatal.

En esta situación en cambio, la Fiscalía no contaba con la información suficiente para determinar si había personas de esa categoría tras los ataques. En este sentido, vemos que el foco de la Fiscalía sobre las personas que integrarían una investigación es variable y responde a su estrategia procesal. Si bien los primeros casos que llegaron ante la CPI implicaban a

¹⁴³⁶ *ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “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’”, AC, 13-07-06, §73.

¹⁴³⁷ *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”, PTC II, 31-03-10, §198: “With respect to the first element concerning the groups of persons likely to be the focus of the Prosecutor’s future investigations, the supporting material refers to their high-ranking positions and their alleged role in the violence, namely inciting, planning, financing, colluding with criminal gangs, and otherwise contributing to the organization of the violence. This renders the first constituent element of gravity satisfied.”

¹⁴³⁸ Se trata de la primera vez que se cuestiona y se revisa la valoración del criterio de gravedad realizado por la Fiscalía. En relación al proceder de la SA tras el caso contra Ntaganda, la Fiscalía señala en su *Documento de política general sobre exámenes preliminares* que “la SA ha optado por no establecer una barrera jurídica excesivamente restrictiva para la interpretación de la gravedad que obste al papel disuasivo de la Corte. Asimismo ha observado que el papel de las personas o grupos puede variar considerablemente según las circunstancias del caso y por consiguiente no debería evaluarse o predeterminarse exclusivamente bajo criterios excesivamente formalistas”, § 59.

individuos más alejados del aparato estatal, en éste Bensouda optó por mantener esa barrera que distingue a los responsables con mayor rango tal y como hiciera en Kenia y Costa de Marfil, a pesar de que la mayoría de la SCP I se opusiera a esta lectura del primer factor o componente de la gravedad al entender que el estatus o cargo de los presuntos responsables es irrelevante a efectos de responsabilidad penal individual. A nuestro modo de ver, lo fundamental en este debate es que corresponde a la Fiscalía decidir qué casos selecciona para el enjuiciamiento, decisión que toma en función de sus propios criterios.

Sin embargo, a pesar de esta discrepancia judicial podríamos concluir que, tal y como considera el juez Kovács en su voto particular parcialmente discrepante, dicho factor de gravedad y la forma en la que fuera interpretado no resultaba tan importante en el contexto de la situación del Mavi Marmara, pues la lectura hecha por la Fiscalía—aunque incorrecta desde su punto de vista porque al igual que la mayoría, en su opinión, la posición o cargo del caso potencial efectivamente no era determinante para el umbral de gravedad situacional—, no desembocaba en un error material y por ende no condicionaba la decisión final¹⁴³⁹. La razón principal de esta falta de uniformidad de criterios entre órganos e incluso entre jueces reside en que el test de admisibilidad que han interpretado y desarrollado hasta la remisión de las Comoras ha sido relativo a casos y no a situaciones y en que ninguna de las partes ha impugnado esta cuestión. Esto explica que realmente no sólo los jueces, sino que también la Fiscalía, hayan interpretado de forma diferente este criterio de gravedad situacional. Sin

¹⁴³⁹ *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, Partly Dissenting Opinion of Judge Péter Kovács, PTC I, 16-07-15, §§ 26-29:

“The Majority has recognized this distinction and pointed out that the Prosecutor ‘erred [...] by failing to consider whether the persons likely to be the object of the investigation into the situation would include those who bear the greatest responsibility for the identified crimes’.

I agree with the Majority that the Prosecutor indeed disregarded this integral component of the gravity assessment in her legal and factual determination set out in the report. Instead, the Prosecutor only focused on the first limb of the gravity assessment namely, the gravity of the crimes. Notwithstanding this omission, I do not adhere to the finding of the Majority that the Prosecutor alleged “failure to take into account this relevant factor affected the determination of gravity of the potential case(s)” in this particular situation.

(...) [The Prosecutor] apparently limits the gravity assessment to the seniority of the alleged suspect(s) rather than their actual role in the commission of the crimes. Although “those who bear the greatest responsibility” are quite often at the top of the hierarchy, in some instances mid-level perpetrators could also bear the greatest responsibility. The Prosecutor does not spell out this distinction.

Despite this confusion, I still do not believe that the Prosecutor committed a material error in refraining from examining this second limb of gravity which relates to those who bear the greatest responsibility. In particular, conducting an examination as to who bear the greatest responsibility was not, in the context of the Prosecutor’s examination, determinative for her final decision. This is so because the Prosecutor already found that the crimes committed within the context of the entire situation (and therefore *any* potential case) have not reached the required threshold. Accordingly, proceeding with an analysis concerning those who may bear the greatest responsibility would have been superfluous. From this perspective, I do not find that the Prosecutor committed a material error in refraining to conduct an assessment of this element of gravity.”

embargo, debe recordarse que en torno a esta cuestión el papel de la discrecionalidad procesal de la Fiscalía es irremplazable y por lo tanto, tal y como hemos puesto de manifiesto anteriormente, la elección de perseguir a aquellos que ocupen cargos importantes en las estructuras del Estado o estructuras de poder similares corresponde únicamente a esta Oficina como parte de su estrategia de procesamiento. En este sentido, que los jueces puedan considerar esta política errónea y puedan rebatirla en términos legales es, al menos, cuestionable¹⁴⁴⁰.

b) La gravedad de los crímenes cometidos en el marco de los incidentes que potencialmente serán el foco de la investigación

Respecto a la gravedad de los crímenes, la SCP I rechazó la interpretación y aplicación de la Fiscalía sobre los factores de la escala, naturaleza, manera de comisión e impacto, realizando una lectura contraria en todos ellos que muestra claramente la citada confusión entre la gravedad relativa a una situación y la relativa a un caso. Al objetar la aplicación que la Fiscalía hizo sobre el factor de la escala, la mayoría de la SCP I cita el caso *Abu Garda*:

“The Chamber notes that the Prosecutor and the Comoros essentially agree on the numbers of victims of the identified crimes. In the view of the Chamber, ten killings, 50-55 injuries, and possibly hundreds of instances of outrages upon personal dignity, or torture or inhuman treatment, which would be the scale of the crimes prosecuted in the potential case(s) arising from the referred situation, in addition to exceeding the number of casualties in actual cases that were previously not only investigated but even prosecuted by the Prosecutor (e.g. the cases against Bahar Idriss Abu Garda and Abdallah Banda), are a compelling indicator of sufficient, and not of insufficient gravity. The factor of scale should have been taken into account by the Prosecutor as militating in favour of sufficient gravity, rather than the opposite, and in failing to reach this conclusion, the Prosecutor committed a material error”¹⁴⁴¹.

En cualquier caso, si se compara la situación del Mavi Marmara ya no con el caso específico de Abu Garda sino con la situación de Darfur en general que es lo que debería hacerse puesto que se evalúa la gravedad de una situación, ciertamente el número de víctimas difiere enormemente. Sin embargo, la Fiscalía presentó ese mismo caso en su informe como

¹⁴⁴⁰ Al hilo de esta cuestión véase el reciente artículo de dos juristas que han formado parte de la Fiscalía de la CPI: “it must be clarified that while the original policy of the OTP was to focus on the persons most responsible, the view of the OTP is that the *legal* threshold of admissibility is not as stringent as the *policy* threshold of ‘persons most responsible’. Otherwise, the admissibility threshold would become a permanent legal barrier providing *ex ante* impunity to entire classes of perpetrators, and enabling perpetrators to bring legal challenges demanding evidence showing that they are not only guilty but the most guilty”, GUARIGLIA, Fabricio, ROGIER, Emeric, “The selection of situations and cases by the OTP of the ICC” en Carsten Stahn (Ed.) *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 361.

¹⁴⁴¹ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, PTC I, 16-07-15, § 26.

ejemplo comparativo en el apartado relativo al impacto de los crímenes para justificar la decisión de no abrir una investigación¹⁴⁴², pues aunque en aquél el número de víctimas también era reducido, la SCP I encargada del caso consideró que sí satisfacía la dimensión cualitativa de la gravedad del crimen¹⁴⁴³. Aquí, respecto al impacto de los crímenes cometidos contra personal de operaciones de paz los jueces entendieron que el caso era lo suficientemente grave ya que las consecuencias del ataque afectaban no solo a las víctimas directas sino también a la población local. En el caso que nos ocupa la Fiscalía se sirvió de esa lectura judicial para llegar a la conclusión contraria: en esta ocasión el impacto de los crímenes no satisfacía esa gravedad cualitativa y no implicaba elementos agravantes similares¹⁴⁴⁴. Para la mayoría de la SCP I la Fiscalía debería de haber reconocido la posibilidad de que los sucesos tuvieran un impacto más allá del sufrimiento de las víctimas directas e indirectas teniendo en cuenta la inquietud o preocupación internacional provocada por estos sucesos. De hecho, la decisión de la mayoría finaliza en unos términos que, para algunos¹⁴⁴⁵, se asemeja mucho al concepto de “alarma social” que la SA enterró en 2006¹⁴⁴⁶.

En relación a la manera de comisión la mayoría criticó que al tratar este factor la Fiscalía no hiciera referencia a la cuestión del fuego real presuntamente utilizado por las FDI antes del abordaje que alegan las Comoras, pues considera que determinar si en efecto hubo fuego real o no era esencial para resolver si hubo intención o plan de matar a civiles desarmados, ya que esto podría cambiar la determinación final sobre la insuficiente gravedad de la situación¹⁴⁴⁷. La Fiscalía ciertamente no trató esta cuestión en el apartado de gravedad sino al analizar la competencia material, concluyendo que la información y pruebas recibidas eran confusas y contradictorias, no siéndole posible establecer los hechos con claridad¹⁴⁴⁸. Para la mayoría precisamente esta cuestión era motivo para abrir una investigación con el fin de determinar cómo se desarrollaron los hechos. No obstante, a nuestro modo de ver los jueces deberían

¹⁴⁴² ICC-OTP, *Situation on Registred Vessels of Comoros, Greece and Cambodia...* op. cit., §s 144-146.

¹⁴⁴³ ICC Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 08-02-10, §s 31-33.

¹⁴⁴⁴ ICC-OTP, *Situation on Registred Vessels of Comoros, Greece and Cambodia...* op. cit., §s 144-146.

¹⁴⁴⁵ JACOBS, Dov, “ICC Judges ask the Prosecutor...” op. cit., ver nota 1435.

¹⁴⁴⁶ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, PTC I, 16-07-15, § 51: “(...) the Chamber cannot overlook the discrepancy between, on the one hand, the Prosecutor’s conclusion that the identified crimes were so evidently not grave enough to justify action by the Court, of which the *raison d’être* is to investigate and prosecute international crimes of concern to the international community, and, on the other hand, the attention and concern that these events attracted from the parties involved, also leading to several fact-finding efforts on behalf of States and the United Nations in order to shed light on the events.”

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, § 34.

¹⁴⁴⁸ ICC-OTP, *Situation on Registred Vessels of Comoros, Greece and Cambodia...* op. cit., § 41.

haber sido más flexibles con la Fiscalía y respetar su valoración del material probatorio en lugar de ofrecer un análisis especulativo propio en base a fragmentos selectivos de información¹⁴⁴⁹.

Si la Fiscalía no consideraba los crímenes en cuestión lo suficientemente graves como para iniciar una investigación, en la práctica resultaba irrelevante la manera en la que realizara el análisis sobre los responsables potenciales, ya que ambas cuestiones señaladas deben satisfacerse para proceder, esto es, que los presuntos responsables directos sean el foco de la investigación—con lo que la Fiscalía entiende como tal—y que los crímenes sean lo bastante graves. Basta con que determine que uno de ellos no se cumple para decidir no proceder. Sin embargo, a la luz de estos hechos observamos que los jueces rebatieron la interpretación de la Fiscalía y consideraron los crímenes cometidos lo suficientemente graves como para merecer una investigación. En este sentido, hasta qué punto podían los jueces refutar esa lectura de la Fiscalía en términos legales continúa sin respuesta, así como lo que supone en la práctica un abuso por parte de ésta. En cualquier caso, si de algo ha servido la respuesta contundente de la SCP I ha sido para que la Fiscalía aclarase de una vez por todas el concepto de “los más responsables” (*the most responsible*) y despejase las dudas que pudiera haber hasta la fecha respecto a la relevancia del cargo.

3.3.2. Las discrepancias procesales sobre el proceso de revisión

Además del desacuerdo material entre los órganos de la Corte, la decisión también generó importantes desavenencias en el plano procesal, lo que llevó a la Fiscalía a apelar la decisión de la SCP I. Como ya se ha adelantado, se trata de la primera vez que se emplea el mecanismo de revisión judicial dispuesto en el art. 53(3)(a) del ER, de ahí que el proceder de los jueces haya sido evaluado muy de cerca y que haya dado lugar a diversas críticas no exentas de cierta lógica, tanto por parte de la doctrina, como por parte del poder judicial. Así, una de las cuestiones más importantes que emana del proceso de revisión tiene que ver con el papel que juega la discrecionalidad procesal en el inicio de las investigaciones y la manera en la que se ha aplicado el estándar de revisión recogido en el ER a esta cuestión. Ciertamente, el tratado únicamente concede a los jueces el poder de revisar la decisión de la Fiscalía de no abrir una

¹⁴⁴⁹ WHITING, Alex, “The ICC Prosecutor should reject judges’ decision... *op. cit.*”, ver nota 1432.

investigación en virtud del art. 53(1)(b) y la posibilidad de aportar su punto de vista, pero dejando en sus manos la decisión final. Sin embargo, la postura adoptada por la mayoría de la SCP I parece que fue más allá de la función de revisión, llegando a ser calificada por algunos como un asalto frontal a la discrecionalidad procesal de la Fiscalía¹⁴⁵⁰. El malestar que ha causado esta decisión es comprensible en muchos aspectos ya que, teniendo en cuenta que se trataba de la primera revisión judicial de estas características, el enfoque adoptado podría considerarse muy restringido, tal y como opina el juez Kovács. De hecho, en su voto particular parcialmente discrepante éste aportó las cuestiones más controvertidas de dicha decisión desde una perspectiva procesal.

En primer lugar, el juez cuestionó la obligatoriedad legal de realizar la revisión que solicitaron las Comoras, pues la disposición 53(3)(a) del ER estipula que la “SCP *podrá* examinar la decisión del fiscal de no proceder a la investigación...”. De estas palabras y del proceso de redacción del ER el juez deduce que la conducción de una revisión de hecho y de derecho ni es una obligación ni es automática, es decir, que la SCP goza de un cierto margen de discrecionalidad para filtrar las solicitudes que a su juicio merecen una revisión del fondo¹⁴⁵¹.

En segundo lugar, consideró que tratándose de la primera vez que se ponía en práctica este estándar, la mayoría debería haber ofrecido una base legal que respaldara su proceder. En este sentido, según la lectura realizada del art. 53(3)(a), el enfoque a seguir debería de ser más respetuoso al revisar la decisión tomada por la Fiscalía sobre la base del art. 53(1), ya que entiende que esta disposición dota a este órgano de cierta discrecionalidad al decidir si abrir o no una investigación¹⁴⁵². A diferencia de esta lectura del art. 53 del juez Kovács, la mayoría sostiene que la Fiscalía no goza de discreción al amparo de esa disposición salvo en el caso de basarse en el apartado c):

¹⁴⁵⁰ HELLER, Kevin J., “The Pre-Trial Chamber’s dangerous... *op. cit.*, ver nota 1429.

¹⁴⁵¹ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, Partly Dissenting Opinion of Judge Péter Kovács, PTC I, §§ 2-5.

¹⁴⁵² *Ibid.*, §§ 6-8. Heller comparte esta postura: “Had the majority adopted an “abuse of discretion” standard of review, it would not have been able to engage in the kind of second-guessing that characterises the Comoros decision. And more importantly, the decision would not provide the OTP with a powerful incentive to avoid explaining its reasoning concerning situational gravity in the future — thereby promoting *both* prosecutorial discretion and transparency”, HELLER, Kevin J., “The Pre-Trial Chamber’s dangerous... *op. cit.*, ver nota 1429.

“The Chamber recognises that the Prosecutor has discretion to open an investigation but, as mandated by article 53(1) of the Statute, that discretion expresses itself only in paragraph (c), *i.e.* in the Prosecutor’s evaluation of whether the opening of an investigation would not serve the interests of justice. Conversely, paragraphs (a) and (b) require the application of exacting legal requirements. This is not contradicted by the low evidentiary standard of article 53(1)(a) of the Statute, or by the fact that an analysis under article 53(1)(b) of the Statute involves potential and not actual cases”¹⁴⁵³.

Según la mayoría por tanto la Fiscalía no goza de discrecionalidad cuando toma una decisión sobre la base del art. 53(1)(a) o (b) porque ésta debe basarse en criterios estrictamente legales. No obstante, compartimos la opinión de Whiting, similar a la que hemos expuesto anteriormente, cuando señala que este enfoque es demasiado mecánico y que pasa por alto el hecho de que el análisis del criterio de gravedad requiere una evaluación sustancial y, en definitiva, juicio u opinión por parte de la Fiscalía, puesto que es este órgano el mejor capacitado para hacer esta evaluación tanto por su experiencia y papel en el desarrollo de casos como por su perspectiva en todos los casos ante la Corte, razón por la cual el ER le otorga tanta deferencia en esta fase¹⁴⁵⁴. Jacobs sin embargo considera que el enfoque de la mayoría encaja con la letra del ER: “Article 53 refers back to article 17, and article 17 criteria of admissibility have been the object of a considerable number of judicial decisions and clarifications in virtually all the cases and situations at the ICC. (...). It would therefore seem strange that when an actual admissibility challenge is raised, the judges get the last word, but when the prosecutor does an assessment under article 53, it would be fully discretionary”¹⁴⁵⁵. En su opinión la discrecionalidad de la Fiscalía engloba factores como el de la valoración de los recursos o la gravedad relativa pero éstos forman parte del criterio de la política de selección, es decir, no son criterios legales.

A nuestro modo de ver, en cierta manera esta lectura es correcta, puesto que claramente el test de admisibilidad se compone de factores legales. Sin embargo, no puede perderse de vista que la interpretación que la Fiscalía haga de dichos factores legales no siempre puede satisfacer la opinión de terceros, porque esto implicará de un modo u otro cierto grado de valoración personal. ¿Cómo puede entenderse que para la Fiscalía la muerte de diez personas no sea lo suficientemente grave y que en cambio para los jueces sí lo sea y por tanto éstos puedan rebatir esa decisión previa sobre una base estrictamente legal? Determinar quién realiza la interpretación correcta del umbral de gravedad resulta imposible en la práctica

¹⁴⁵³ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, PTC I, 16-07-15, § 14.

¹⁴⁵⁴ WHITING, Alex, “The ICC Prosecutor should reject judges’ decision... *op. cit.*”, ver nota 1432.

¹⁴⁵⁵ JACOBS, Dov, “ICC Judges ask the Prosecutor... *op. cit.*”, ver nota 1435.

porque inevitablemente para la Fiscalía siempre habrá otros factores que se interpongan en el análisis, como la priorización de recursos para situaciones que considere más graves. Establecer el límite entre esta discrecionalidad y la arbitrariedad es y continuará siendo objeto de debate.

Otra cuestión que llama nuestra atención es el razonamiento de la mayoría en torno a la información y pruebas disponibles: “If the information available to the Prosecutor at the pre-investigative stage allows for reasonable inferences that at least one crime within the jurisdiction of the Court has been committed and that the case would be admissible, the Prosecutor shall open an investigation, as only by investigating could doubts be overcome”¹⁴⁵⁶. Así, la mayoría especuló que, teniendo en cuenta el limitado material probatorio, una investigación podría revelar apreciaciones cualitativas que satisfacerían el umbral de gravedad, estimando necesaria la apertura de dicha investigación. La Fiscalía, en virtud de las pruebas disponibles, concluyó que no disponía de información suficiente para demostrar que los supuestos crímenes fueran sistemáticos o el resultado de un plan o política deliberados para atacar a civiles y como observa Whiting, esta cuestión es fundamental porque la existencia de dicho plan o política indicaría la implicación de altos cargos y en consecuencia, contribuiría a establecer la gravedad cualitativa¹⁴⁵⁷. Sin embargo, en opinión de la mayoría, una investigación era necesaria para debatir y aclarar el contenido de las pruebas y a nuestro modo de ver, este enfoque impediría a la Fiscalía analizar y valorar las pruebas de manera independiente y objetiva, viéndose obligada a abrir una investigación prácticamente ante cualquier atisbo de prueba que pudiera satisfacer los requisitos del art. 53(1), algo que sin duda menoscaba la discrecionalidad procesal y que en vista de los recursos limitados de los que dispone no es una elección¹⁴⁵⁸.

Por último, cabe resaltar que la redacción de la decisión de la mayoría, a nuestro juicio, desprende un tono o connotación muy negativos hacia la labor realizada por la Fiscalía¹⁴⁵⁹, pues lejos de sugerir una interpretación diferente de los factores de gravedad analizados, el lenguaje empleado denota confrontación, algo que queda más que visible en la última frase de la decisión y que en cualquier caso, a nuestro juicio debería haberse evitado: “The Chamber is

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, § 13.

¹⁴⁵⁷ WHITING, Alex, “The ICC Prosecutor should reject judges’ decision... *op. cit.*, ver nota 1432.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*; HELLER, Kevin J., “The Pre-Trial Chamber’s dangerous... *op. cit.*, ver nota 1429.

¹⁴⁵⁹ La mayoría emplea en siete ocasiones la frase “The Prosecutor erred in...”

confident that, when reconsidering her decision, the Prosecutor will fully uphold her mandate under the Statute”.

3.3.3. La apelación de decisiones adoptadas bajo el artículo 53(3)(a) del Estatuto de Roma

La Fiscalía apeló la decisión de la mayoría ante la SA sobre la base del art. 82(1)(a) del ER: “Cualquiera de las partes podrá apelar, de conformidad con las RPP, de las siguientes decisiones: a) Una decisión relativa a la competencia o la admisibilidad; (...)”. Se trata de una cuestión relevante porque, además de ser una muestra del malestar que la decisión de la SCP I generó a la Fiscalía, no resultaba claro qué opciones tendría la última tras la primera activación del art. 53(3)(a), ni siquiera si una apelación sería viable, ya que esa disposición del tratado nada prevé al respecto. Así, entendió que materialmente la decisión judicial era relativa a la admisibilidad aunque no cumpliera los requisitos formales de una decisión de ese tipo, y la recurrió como tal al amparo del art. 82(1)(a):

“This appeal is important because the Decision not only purports to rule on the admissibility of any potential case(s) arising from this situation, but interprets the law in a manner that alters the Prosecution’s mandate under the Statute and dramatically extends the scope of the Court’s operations.”¹⁴⁶⁰

“The Decision is based on the Pre-Trial Chamber’s view, by majority, that any potential case or cases arising from the situation are admissible, in the sense that they are sufficiently grave to be heard before this Court.

Further underlining the Decision’s nature as a ruling on gravity, the majority emphasised that admissibility under article 17 is an “exacting legal requirement []” even when considered by the Prosecutor under article 53.1(b)—and hence, *a fortiori*, in its own analysis. The majority characterized its own approach as “independent judicial oversight”, affording no “field of deference” to the Prosecution’s assessment. These observations justify appellate scrutiny of the Decision, on par with other judicial ruling as to admissibility.”¹⁴⁶¹

En primer lugar, consideró que el estándar de revisión aplicado por la mayoría era incorrecto porque le restaba toda preferencia a su discrecionalidad a la hora de valorar si había o no fundamento razonable para abrir una investigación. En su opinión, los jueces habían señalado errores donde únicamente había un desacuerdo en la valoración, lo que extralimitaba el mandato de la SCP bajo el art. 53(3) del ER y quebraba la cuidadosa balanza recogida en esa disposición sobre la independencia procesal y la responsabilidad de la Fiscalía, puesto que

¹⁴⁶⁰ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Notice of Appeal of ‘Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation’”, AC, 27-07-15, § 4.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, §§ 8-9.

como ésta manifestó, el mecanismo de revisión judicial sirve para identificar un abuso de la discrecionalidad pero no para realizar un análisis minucioso de la información subyacente¹⁴⁶². Y en segundo, lugar consideró que el art. 53(1) no permite abrir una investigación si la Fiscalía determina que no hay fundamentos razonables para proceder, siendo ella misma la más apropiada para hacer esta valoración conforme al ER. Muestra así su preocupación por las implicaciones que pudiera tener la aplicación de este estándar presentado por la mayoría, ya que además de afectar a las situaciones que actualmente están bajo examen preliminar, podría hacerlo también a la política de selección de casos de ahora en adelante¹⁴⁶³.

La cuestión que se le presentaba a la SA era por tanto determinar si la resolución de la SCP I, por la que se le solicitaba a la Fiscalía la revisión de su decisión, constituía o no una determinación sobre admisibilidad. Basándose en la jurisprudencia previa y en la letra y estructura del ER, la SA concluyó por mayoría que el tratado únicamente permite una apelación cuando la decisión que se recurre resuelve si una situación o caso es admisible y al entender que la SCP sólo solicitó a la Fiscalía que reconsiderara su decisión, desestimó *in limine* el recurso¹⁴⁶⁴. La minoría por el contrario sí consideró que se trataba de una decisión sobre admisibilidad y por lo tanto que la apelación era admisible bajo el art. 82(1)(a)¹⁴⁶⁵. Dado que ni la mayoría ni la minoría entró a conocer el fondo del asunto, no hubo aportación alguna sobre el criterio de gravedad, que ciertamente era el objetivo de la Fiscalía¹⁴⁶⁶. No obstante, como apunta Whiting¹⁴⁶⁷, podría decirse que la importancia de este recurso ante la SA reside en que la decisión de la mayoría, lejos de impactar negativamente en la Fiscalía por no admitir el recurso, le favoreció más que en el caso de haberla admitido a trámite, pues a pesar de que la SCP solicitara a la Fiscalía la revisión de su decisión, los tres jueces de

¹⁴⁶² *Ibid.*, §§ 17, 19.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, §§ 20-23.

¹⁴⁶⁴ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the admissibility of the Prosecutor’s appeal against the ‘Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation’”, AC, 06-11-15.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, “Joint dissenting opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi and Judge Christine Van Den Wyngaert”, 06-11-15. Ambas juezas entendieron que la decisión de la Fiscalía, centrada en la gravedad insuficiente del art 17(1)(d) era una decisión relativa a la admisibilidad y por lo tanto podía ser recurrida en esos términos.

¹⁴⁶⁶ A nuestro juicio, el objetivo que buscaba la Fiscalía con el recurso más que la interpretación de los jueces de apelación sobre el criterio de gravedad, era que esa instancia avalase su interpretación y por ende su discrecionalidad en cuanto a la decisión de abrir o no una investigación.

¹⁴⁶⁷ WHITING, Alex, “The Mavi Marmara Appeal: The ICC Prosecutor Wins by Losing” en *Just Security* publicado el 09-11-15, disponible en: <https://www.justsecurity.org/27480/mavi-marmara-icc-prosecutor-wins-losing/> (última visita 18-05-17).

apelación hicieron hincapié en que en el contexto del art. 53(3)(a) la decisión final es de la Fiscalía, fortaleciendo así su discrecionalidad procesal:

“In the Appeals Chamber’s assessment, the distinction between the powers of the Pre-Trial Chamber under article 53(3)(a) and (b) reflects a conscious decision on the part of the drafters to preserve a higher degree of prosecutorial discretion regarding decisions not to investigate based on the considerations set out in article 53(1)(a) and (b) of the Statute. Indeed, under article 53(3)(a) of the Statute, the Prosecutor is obliged to reconsider her decision not to investigate, but retains ultimate discretion over how to proceed. The Appeals Chamber therefore considers that to allow the present appeal to be heard on the grounds that the Impugned Decision is a decision with respect to admissibility would rupture the scheme for judicial review of decisions of the Prosecutor as explicitly set out in article 53, introducing an additional layer of review by the Appeals Chamber that lacks any statutory basis. To find that the Impugned Decision was a decision with respect to admissibility would also fail to respect the discretion that has been granted to the Prosecutor in the context of article 53.”¹⁴⁶⁸

Entendiendo que en estas circunstancias el ER no permite una apelación, la mayoría reforzó el rol consultivo y limitado de los jueces y el rol determinante de la Fiscalía, reafirmando el control de ésta sobre las decisiones relativas a la apertura de investigaciones bajo el art. 53(1)(a) y (b). Por consiguiente, corresponde a la Fiscalía en última instancia decidir si modificar o no su decisión. A la luz de esta situación y los procedimientos ante las salas puede decirse que el criterio de gravedad sigue siendo un concepto difícil de evaluar y difuso que no consigue aunar interpretaciones que acomoden la opinión todos los órganos de la Corte. Además, se trata de un criterio que, pese a ser legal en términos del análisis de admisibilidad, no escapa a valoraciones subjetivas de la Fiscalía y en este sentido, compartimos esta reflexión de Jacobs: “We don’t seem to be anywhere closer to actually defining gravity as a legal criteria now, than we were in 1998”¹⁴⁶⁹. Quizás el error principal fuera otorgar a los jueces el poder de revisar un criterio como el de gravedad, criterio que en apariencia se considera legal y objetivo pero que en la práctica contiene muchas más implicaciones y que difícilmente puede escapar a la subjetividad de quien lo evalúa y lo aplica. Tal vez la única solución sea respetar el margen de discrecionalidad que le corresponde a la Fiscalía, empezando por los jueces, a la hora de valorar la gravedad de las situaciones y casos a cambio de exigirle explicaciones e informes transparentes, claros y motivados que revelen las razones que le llevan a tomar una u otra decisión.

En este sentido, consideramos que la Fiscalía, además de señalar en el informe que el hecho de que el suceso no alcanzase el umbral de gravedad necesario para merecer una

¹⁴⁶⁸ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al.*, “Decision on the admissibility of the Prosecutor’s appeal against the ‘Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation’”, AC, 06-11-15, §s 59-60.

¹⁴⁶⁹ JACOBS, Dov, “ICC Judges ask the Prosecutor... *op. cit.*”, ver nota 1435.

investigación no significaba que no fuera grave de por sí, pudo haber explicado que por el momento a la luz de otros hechos y situaciones de violaciones graves de derechos humanos y de las limitaciones presupuestarias, el foco de la CPI debía ponerse en otro lugar. Probablemente hubiera recibido críticas igualmente, especialmente por parte de quienes consideran que su discrecionalidad se limita a evaluar cuándo no proceder en intereses de la justicia, pero también habría sido avalada por parte de un sector judicial, tal y como ha quedado demostrado tras la decisión de la SA. Consideramos por tanto que este proceso muestra que el sistema de control que recoge el ER funciona correctamente y que la tensión entre la Fiscalía y la SCP debería entenderse como señal de que el sistema funciona correctamente y no como lo contrario¹⁴⁷⁰. Además, esta tensión ha llevado a la SA a cubrir una laguna legislativa, lo que nos lleva a confirmar igualmente que a nivel internacional la función judicial aún requiere de un gran esfuerzo creativo.

¹⁴⁷⁰ PECORELLA, Giulia, “The Comoros situation, the Pre-Trial Chamber and the Prosecutor: the Rome Statute’s system of checks and balances is in good health” en *International Law Blog*, publicado el 30-11-15, disponible en: <https://aninternationallawblog.wordpress.com/2015/11/30/the-comoros-situation-the-pre-trial-chamber-and-the-prosecutor-the-rome-statutes-system-of-checks-and-balances-is-in-good-health/> (última visita 18-05-17).

CAPÍTULO VI.

OBSTÁCULOS A LA COOPERACIÓN ESTATAL EN MATERIA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Sección 1ª. Introducción

La cooperación entre los Estados y la CPI se rige por lo dispuesto en la Parte IX del ER y su art. 86 dispone que “los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la CPI en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”. La cooperación a la que se refiere esta disposición obedece a diversos ámbitos de aplicación, entre los que se encuentran las solicitudes de entrega de personas o las medidas necesarias para la producción y obtención de pruebas, así como las destinadas a facilitar la investigación y el enjuiciamiento¹⁴⁷¹. En materia de arresto y entrega de individuos imputados, y concretamente en relación con las remisiones del CS, la cooperación es precisamente el ámbito que más dificultades está generando en la práctica, hasta el punto de obstaculizar el mandato de la CPI y de minar su legitimidad en estas situaciones. En virtud del art. 89(1) del ER “la CPI podrá transmitir, junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados Partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno”. Como es sabido, la CPI carece de mecanismos para ejecutar sus solicitudes de arresto, de modo que en este plano, su dependencia en la cooperación estatal es absoluta, más aún considerando que el ER no contempla la posibilidad de llevar a cabo enjuiciamientos *in absentia*. Ello implica que antes de poder dar curso a los procedimientos los imputados deben estar necesariamente presentes en sede judicial, lo que requiere la cooperación estatal para que la CPI pueda obtener su custodia.

Sin embargo, desde que el CS remitiera la situación de Darfur a través de la Resolución 1593 ninguna de las órdenes de arresto emitidas ha sido ejecutada. Especialmente problemático en este contexto es el incumplimiento de las órdenes de arresto y entrega que pesan sobre el presidente sudanés Al Bashir desde 2009 y 2010, incumplimiento que implica

¹⁴⁷¹ Art. 93 del ER.

no sólo al propio Estado sudanés, sino también a varios Estados parte que no han respetado sus obligaciones contraídas bajo el ER cuando han tenido la ocasión de arrestarlo en sus propios territorios. Como se abordará en el presente capítulo, una de las principales causas de este incumplimiento del deber de cooperación con la CPI son las inmunidades que como jefe de Estado en el cargo corresponden a Al Bashir, motivo empleado por los Estados parte para rehusar la ejecución de las solicitudes de arresto en su contra. Si bien es cierto que el principio de inmunidad de un jefe de Estado en ejercicio es, por el momento, incuestionable con arreglo al Derecho Internacional consuetudinario, la aplicación de este principio a la figura de Al Bashir ha generado un prolijo debate doctrinal y jurisprudencial al respecto. En el centro del asunto se encuentran las disposiciones 27 y 98 del ER, ambas relacionadas con la inmunidad y que como abordaremos, han generado diferentes interpretaciones judiciales. La citada resolución del CS otorgó competencia a la CPI para investigar y enjuiciar a los responsables de los crímenes internacionales cometidos en Darfur. Sudán es un Estado no parte en el ER y por tanto carecería de obligaciones con respecto a la CPI de no ser por la resolución del remisión del CS.

Los obstáculos que plantea la inmunidad de Al Bashir a nivel doméstico para su arresto y entrega a la CPI han sido tratados por un tribunal nacional en el caso de Sudáfrica, marcando ésta la primera vez que en el marco de la aplicación del ER el poder judicial de un Estado parte aborda el papel de la inmunidad en su legislación interna en materia de cooperación con la CPI. Se trata, como veremos, de un pronunciamiento nacional de suma relevancia, dado que, además de mostrar la posición contrapuesta que sobre la inmunidad de jefes de Estado en ejercicio tienen dos órganos estatales como son el Gobierno y el poder judicial, las sentencias sudafricanas son las primeras en afirmar la inaplicación de la inmunidad personal a un jefe de Estado en ejercicio cuando la CPI exige al Estado parte su cooperación.

Junto con estas consideraciones, el análisis del papel del CS se vuelve imprescindible al tratar la cooperación estatal con la CPI en este ámbito, o más bien la falta de la misma. La potestad que el ER otorga al CS como activador de la competencia de la CPI hace de este órgano un actor clave en el desarrollo del mandato de aquélla en relación a las investigaciones derivadas de sus remisiones, potestad que debe ir acompañada de acción y medidas una vez la CPI actúe en consecuencia. Las iniciadas en Darfur y de Libia tras las Resoluciones 1593 y 1970 del CS han resultado en varias órdenes de arresto que los Estados continúan sin ejecutar,

situación que impide a la CPI avanzar debidamente con su labor y juzgar a los presuntos responsables. En este contexto, la responsabilidad y compromiso de este órgano político en la gestión de este incumplimiento estatal es una cuestión de primer orden considerando que la CPI no dispone de los medios para hacer cumplir con sus solicitudes y que es el CS quien dispone de los instrumentos necesarios al amparo del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas para lidiar con esta situación. Las citadas resoluciones sometieron a dos Estados parte al ER y por ello su obligación de cumplir con las solicitudes de la CPI está fuera de toda duda. No obstante, la falta de cooperación tanto de estos dos Estados como la de diversos Estados parte en el ER en el arresto y entrega de individuos imputados requiere no sólo la atención del CS, sino una asistencia plena del mismo a la CPI para hacer efectivas las resoluciones y poner fin a la impunidad en los escenarios de violencia que aquél puso a su disposición.

Sección 2ª. La inmunidad jurisdiccional y la cooperación estatal

Como ya se ha señalado en el capítulo relativo a la activación de la competencia del tribunal, calificando la situación existente en Sudán como amenaza a la paz y seguridad internacionales y haciendo uso del art. 13(b) del ER, el CS remitió la situación de Darfur a la CPI mediante la Resolución 1593 adoptada al amparo del Capítulo VII de la Carta. En el texto de la resolución, el CS dispuso lo siguiente:

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

En materia de cooperación el CS impuso a Sudán la obligación de cooperar plenamente con la CPI a pesar de no ser un Estado parte en el ER. La obligación de los Estados parte en el ER de cooperar con la misma respecto de las investigaciones y casos que pudieran surgir de la remisión queda sometida a lo dispuesto en la Parte IX del ER relativa a la cooperación, mientras que los Estados no parte y las organizaciones internacionales, tal y como se desprende el texto, no están obligados a cooperar con la CPI ni en virtud de la resolución ni en virtud del ER, tan sólo se les insta a ello. Los problemas en este ámbito comenzaron a raíz de

las órdenes de arresto dictadas por la CPI contra nacionales sudaneses¹⁴⁷² y especialmente tras las emitidas contra el presidente Al Bashir por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio¹⁴⁷³, pues fue entonces cuando la Unión Africana inició el desarrollo de una serie de instrumentos y resoluciones en oposición a la CPI que han venido obstaculizando hasta la actualidad el arresto y entrega del presidente sudanés por parte de algunos Estados parte africanos.

En este sentido, a pesar de que gran parte de los países africanos sean Estados parte en el ER, las medidas adoptadas por la Unión Africana en estos últimos años exigen a sus Estados miembros actuar en incumplimiento de las obligaciones de cooperación que éstos puedan tener con arreglo al ER. Esta organización se ha mostrado crítica con las órdenes de arresto contra Al Bashir, señalando las desafortunadas consecuencias que éstas tendrían en el delicado proceso de paz iniciado en Sudán¹⁴⁷⁴ e instando a los Estados de su organización a no cooperar en la ejecución de las órdenes de arresto¹⁴⁷⁵. Como señalan varios autores, las inquietudes que subyacen a estas resoluciones reflejan, en primer lugar, consideraciones sobre el doble estándar de la CPI por poner el foco únicamente en las atrocidades cometidas en África. En segundo lugar, la creencia de que el procedimiento penal podría tener un impacto negativo en la paz y seguridad en la región, y en tercer lugar, la opinión de que la CPI no puede obviar el hecho de que los jefes de Estado de Estados no parte ostentan inmunidad ante los procedimientos judiciales iniciados por aquélla¹⁴⁷⁶. En relación a esta última cuestión, la Unión Africana ha expresado su disconformidad con la opinión de la CPI, afirmando que los Estados parte que renuncian a cooperar con la misma en el arresto y entrega de Al Bashir actúan en conformidad con sus obligaciones asumidas ante ésta y con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 del ER.

No obstante, como se ha puesto de manifiesto, las denuncias de parcialidad que la Unión Africana achaca a la CPI ovian la realidad de que hasta el momento, únicamente dos de las

¹⁴⁷² *ICC Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, "Warrant of arrest for Ali Kushayb", PTC I, 27-04-07; *ICC Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, "Warrant of arrest for Ahmad Harun", PTC I, 27-04-07.

¹⁴⁷³ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, "Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir", PTC I, 04-03-09, *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, "Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest", PTC I, 12-07-10.

¹⁴⁷⁴ Assembly/AU/December/3(XIII), 2009.

¹⁴⁷⁵ Assembly/AU/December/366(XVII), 2011.

¹⁴⁷⁶ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 176.

actuales situaciones investigadas por la CPI en el continente africano fueron iniciadas *motu proprio* por la Fiscalía, la de Kenia después de que las autoridades nacionales no iniciaran los procesos domésticos exigidos para evitar la intervención del tribunal, y la de Costa de Marfil tras una declaración de aceptación de la competencia al amparo del art. 12(3) del ER de este Estado. A estas situaciones hay que sumarles la de Georgia, también iniciada *motu proprio* más recientemente, la primera investigación abierta fuera del continente africano. De entre las situaciones restantes, en cuatro de ellas se iniciaron investigaciones en virtud de las autorremisiones de los Estados territoriales, mientras que las otras dos, Darfur y Libia, obedecen a remisiones del CS¹⁴⁷⁷. La fiscal actual, pocos meses después de tomar posesión del cargo, señaló que su intervención en estos lugares tiene como objetivo apoyar a las víctimas¹⁴⁷⁸, una cuestión, curiosamente, ausente en las resoluciones de la Unión Africana y que puede dar a entender que los gobiernos que se encuentran tras las resoluciones de esta organización no están reflejando necesariamente las opiniones de todos sus ciudadanos, sino que buscan proteger a sus líderes del enjuiciamiento por la CPI. Ciertamente, el abandono de la justicia ante las atrocidades cometidas en este continente fue determinante para que muchos Estados africanos se sumaran a la creación del tribunal. Sin embargo, en este marco de desencuentro y falta de entendimiento entre la Unión Africana y la CPI, en gran medida en relación con la inmunidad, aquélla viene promoviendo que los Estados parte en el ER se retiren de la CPI, algo que por el momento no se ha materializado pero que sí ha generado una gran inquietud después de que Estados como Gambia y Sudáfrica anunciaran su retirada, una medida que, no obstante, no parece que vaya a producirse finalmente¹⁴⁷⁹. Es por tanto en este contexto de tensión entre ambas organizaciones en el que hay que ubicar la falta de cooperación de algunos Estados parte africanos con la CPI en relación a la inmunidad y al arresto y entrega de Al Bashir.

Como se señalaba anteriormente, tratándose de un jefe de Estado en ejercicio ajeno al ER, la inmunidad personal que en virtud del derecho consuetudinario corresponde a los altos

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 177.

¹⁴⁷⁸ BENSOUA, Fatou, “The ICC : a Response to African Concerns”, Key note address by Mrs. Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Institute for Security Studies (ISS), Pretoria, 10-10-12: “Largely thanks to this African support, the Court today is in motion, working for the millions of victims that are crying for our help.”

¹⁴⁷⁹ ASP President welcomes the revocation of South Africa’s withdrawal from the Rome Statute, nota de prensa del 11-03-17, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1285> (última visita 18-05-17); Gambia rejoins the ICC, <https://www.hrw.org/news/2017/02/17/gambia-rejoins-icc> (última visita 18-05-17). Burundi en cambio, confirmó su retirada de la CPI mediante la notificación correspondiente al secretario general de Naciones Unidas el 27-10-16: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.805.2016-Eng.pdf> (última visita 18-05-17).

cargos del Estado es lo que en gran medida ha servido de obstáculo a la obtención de su custodia por parte de algunos Estados que se han negado a proceder a su arresto y entrega. En este orden de cosas, el alcance de esta norma consuetudinaria que brinda una suerte de protección procesal a los altos cargos estatales y la existencia de posibles límites o excepciones a su aplicación viene desempeñando un gran protagonismo en la práctica de la CPI de los últimos años, aunque no carente de controversia, presentándose ésta como un actor clave en el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la vigencia de la inmunidad en el Derecho Internacional consuetudinario—una fuente del derecho según la cual, la inmunidad impediría a la CPI extender su competencia sobre individuos protegidos por esta norma que no están sujetos al ER—frente a la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de su competencia.

Así pues, el marco del ER se erige sobre la dicotomía entre la soberanía estatal de los países que han decidido formar parte de este sistema de justicia internacional y la protección de los derechos humanos, dos lógicas que coexisten en el Derecho Internacional en ocasiones de manera compleja y controvertida¹⁴⁸⁰, contexto en el que el principio de inmunidad, uno de los privilegios con mayor tradición y peso en este ámbito jurídico, cobra su protagonismo. Sabido es que este principio tiene dos vertientes ligadas entre sí, pues de un lado, el ordenamiento internacional reconoce la inmunidad del Estado como actor internacional o institución, y de otro, la de algunos de sus órganos, especialmente la de aquéllos que representan al Estado al más alto nivel, como los jefes de Estado o de Gobierno o ministros de Asuntos Exteriores. Aunque la primera se ubica en el plano de la responsabilidad del Estado y la segunda en el plano de la responsabilidad individual, ambas guardan una finalidad común, que no es otra que la salvaguardia del Estado y sus representantes ante las jurisdicciones extranjeras¹⁴⁸¹. Es concretamente la inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio ante la comisión de los crímenes internacionales recogidos en el ER la que analizaremos en las siguientes líneas, sin adentrarnos por lo tanto en el ámbito de la inmunidad del Estado y la responsabilidad estatal que pudiera derivarse de tales actos. Así, en esta sección abordaremos el papel de la inmunidad de jefes de Estado en ejercicio en el Derecho Internacional así como la interpretación que la CPI viene aplicando a esta cuestión al particular caso *Al Bashir* con el fin de determinar si esta inmunidad pierde su validez ante la CPI y ante los Estados parte

¹⁴⁸⁰ JACOBS, Dov, “The frog that wanted to be an ox. The ICC’s approach to immunities and cooperation” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court... op. cit.*, p. 281.

¹⁴⁸¹ CERVELL HORTAL, M^a José, *op. cit.*, p. 136.

obligados a cooperar en su arresto y entrega cuando la competencia de ésta deriva de una Resolución del CS al amparo del Capítulo VII.

2.1. Inmunidad y crímenes internacionales en el Derecho Internacional

El principio de la inmunidad se entiende como el privilegio de exención o suspensión del ejercicio de la jurisdicción de las autoridades competentes de un Estado territorial, o de no sujeción a esa tercera jurisdicción, otorgado a aquéllos órganos del Estado que llevan a cabo funciones de representación en otros Estados con el fin de asegurar su independencia y el desarrollo óptimo de sus deberes en las relaciones internacionales. Por lo tanto, implica la posibilidad de un Estado, y por extensión de sus agentes, de evitar que las autoridades judiciales o administrativas de un tercero puedan ser ejercidas en su contra¹⁴⁸², sirviendo de obstáculo procesal ante el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera. En el marco del Derecho Internacional Penal las inmunidades se presentan como un claro ejemplo de esa colisión entre la soberanía estatal y la lucha contra la impunidad, pues por un lado, aunque tradicionalmente se respetan las inmunidades de los altos cargos en ejercicio, por otro, se extiende la idea de que la inmunidad no puede desembocar en impunidad ante la violación de normas que han alcanzado ya el estatus de *ius cogens*, como lo es la prohibición de cometer los crímenes internacionales recogidos en el ER. En este sentido, cabe preguntarse si el ejercicio de las funciones estatales puede amparar conductas tan graves como la comisión de este tipo de atrocidades, cobrando cada vez más fuerza la idea de que el respeto a los derechos de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos debe anteponerse a cualquier reivindicación de inmunidad soberana con el fin de promover la lucha contra la impunidad¹⁴⁸³, una cuestión que se ha visto reflejada en la jurisprudencia de tribunales tanto nacionales como internacionales en relación al enjuiciamiento de varios antiguos dirigentes acusados de crímenes internacionales.

No obstante, debe matizarse que nos estamos refiriendo a las inmunidades personales o *ratione personae*, es decir, las inmunidades aplicables a ciertos cargos como los jefes de

¹⁴⁸² Segundo Informe del Relator de la CDI sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes en el proyecto de Artículo 2, párrafo 1, véase en el Anuario de la CDI, 1980, vol. II (Primera parte), p. 217, Doc. A/CN.4/331 y Add.1, párr. 33; CERVELL HORTAL, M^a José, *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidades de los Jefes de Estado*, Iustel, Madrid, 2013, p. 152.

¹⁴⁸³ JACOBS, Dov, “The frog that wanted...”, *op. cit.*, p. 281.

Estado o de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores durante el período de su mandato¹⁴⁸⁴. El origen de este tipo de inmunidades—que fueron las primeras en surgir y que se conceden a este grupo reducido de cargos estatales también denominado “troika”¹⁴⁸⁵ por considerar que son éstos quienes ostentan la responsabilidad principal de conducir las relaciones internacionales del Estado¹⁴⁸⁶—reside en el reconocimiento de que una buena gestión de las relaciones internacionales y de la cooperación internacional requiere un proceso efectivo de comunicación entre Estados, lo que a su vez implica la necesidad de que estos agentes sean capaces de viajar libremente para desarrollar sus funciones sin temor a ser detenidos ni enjuiciados por terceros Estados¹⁴⁸⁷. Mientras ostentan el cargo, estas personas gozan de absoluta inmunidad y frente la jurisdicción penal extranjera quedan protegidas tanto por sus actos oficiales como por los privados, ejerciendo la inmunidad personal una suerte de obstáculo procesal que impide a un tercer Estado iniciar procedimientos judiciales contra el presunto responsable mientras éste se encuentre en el cargo¹⁴⁸⁸. De esta manera, tanto la emisión de una orden de detención, como su arresto y procesamiento por parte de un tercer Estado, constituirían una violación del Derecho Internacional consuetudinario¹⁴⁸⁹, por lo que el Estado interesado en juzgar al alto cargo en ejercicio sólo podría esperar a que su mandato finalice o bien lograr que el Estado del agente estatal retire le voluntariamente su inmunidad. Además, la inmunidad *ratione personae* cubre incluso la comisión de crímenes internacionales, algo que por ahora han avalado tanto la práctica como la jurisprudencia

¹⁴⁸⁴ AKANDE, Dapo, “International law immunities and the International Criminal Court” en *American Journal of International Law*, vol. 98, n° 3, 2004, p. 409. Fue la CIJ quien en el asunto *Orden de Arresto* declaró que estas tres figuras mantienen los mismos privilegios y características, de forma que desde la emisión de esta sentencia los efectos de las inmunidades personales se consideran equiparados, véase §51. Sin embargo, la jueza Van den Wyngaert disintió de la mayoría al considerar que “International law grants no immunity from criminal process to incumbent Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity. There is no evidence for the proposition that a State is under an obligation to grant immunity from criminal process to an incumbent Foreign Minister under customary international law”, véase la Opinión Contraria, § 1. Según lo dispuesto en el Informe de 2015 de la CDI sobre inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, esta cuestión parece resuelta, pues afirma que el derecho internacional consuetudinario concede inmunidad personal a los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores.

¹⁴⁸⁵ CDI, A/CN.4/701, 68° período de sesiones, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 14 de junio de 2016, §§ 55, 237, 238. Informe disponible en el siguiente enlace:

<http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/701&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/68/&Lang=S> (última visita 18-05-17).

¹⁴⁸⁶ CERVELL HORTAL, M^a José, *op. cit.*, p. 155.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 410.

¹⁴⁸⁸ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 543.

¹⁴⁸⁹ Tal y como se desarrollará más adelante, la inmunidad personal absoluta ante las jurisdicciones nacionales fue afirmada en el asunto relativo a la Orden de Arresto de la CIJ, §§ 54-58. En esta emblemática decisión la CIJ determinó que bajo el derecho internacional consuetudinario no hay excepción a la inmunidad personal ante las jurisdicciones nacionales.

estatales, pues hasta la fecha ningún Estado ha detenido ni procesado a un jefe de Estado en ejercicio sobre esta base¹⁴⁹⁰.

Cuestión diferente es la relativa a las inmunidades funcionales o *ratione materiae* que se conceden a un espectro más amplio de funcionarios o agentes estatales y que cubre los actos que estos órganos, *de facto* o *de iure*, llevan a cabo en representación del Estado durante su mandato, es decir, cuando actúan en el ejercicio de las funciones propias del cargo. A diferencia de la inmunidad *ratione personae*, ésta no termina cuando finaliza el mandato o cuando se abandona el cargo oficial. La premisa por la que el Derecho Internacional consagra este segundo tipo de inmunidad es que los funcionarios que llevan a cabo actos oficiales en nombre de un Estado soberano no deben rendir cuentas ante tribunales extranjeros por la violación del Derecho Internacional que hayan podido cometer en representación oficial, pues únicamente el Estado puede considerarse responsable en el plano internacional de los actos estatales realizados por sus agentes¹⁴⁹¹. De esta manera, la inmunidad funcional opera igualmente como un obstáculo procesal e impide a los tribunales nacionales ejercer indirectamente un control sobre los actos de otros Estados a través de procedimientos dirigidos contra los oficiales que los han ejecutado¹⁴⁹². Sin embargo, puede observarse que en el caso de los altos cargos antes mencionados los límites entre los dos tipos de inmunidad son difusos, ya que la inmunidad personal absorbe en algunos casos la inmunidad funcional, en el sentido de que la primera se aplica también a los actos realizados a título oficial. Por este motivo, durante el ejercicio de su cargo, los jefes de Estado, de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores disfrutaban de una inmunidad absoluta, tanto personal como funcional¹⁴⁹³.

Ahora bien, la comisión de crímenes internacionales constituye el foco principal del debate respecto a los límites o excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado que se está desarrollando en la CDI. En este sentido, como señala el último informe de la Relatora Especial Escobar Hernández,

¹⁴⁹⁰ TUNKS, Michael A., “Diplomats or defendants? Defining the future of Head of State immunity” en *Duke Law Journal*, vol. 52, n° 3, 2002, p. 663. En cuanto a decisiones judiciales nacionales, véanse entre otras, asunto *Castro*, Audiencia Nacional Española, Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, no. 1999/2723, 4-3-99; *Gaddaffi Arrêt*, Cour de Cassation française, Arrêt de la Cour de Cassation, no. 1414,13-3-03; *Sharon Arrêt*, Cour de Cassation belge, Arrêt de la Cour de Cassation, no. P.02.1139.F, 12-2-03. CDI, A/CN.4/701, 68º período de sesiones, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial.

¹⁴⁹¹ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁴⁹² AKANDE, Dapo, “International law immunities... *op. cit.*, p. 413.

¹⁴⁹³ CERVELL HORTAL, Mª José, *op. cit.*, p. 156.

“[E]llo se explica, sin duda, por dos factores que han de ser recordados en este momento: la vinculación de los crímenes internacionales con el concepto de normas de *ius cogens*, por un lado, y la inevitable comparación entre inmunidad y lucha contra la impunidad, por otro. Además, la importancia atribuida a los crímenes internacionales en el debate sobre las excepciones a la inmunidad está igualmente relacionada, e incluso influida, por el proceso de institucionalización del derecho internacional penal que se produce desde finales del siglo XX y que se refleja, esencialmente, en la creación de los tribunales penales internacionales.”¹⁴⁹⁴

El régimen de inmunidades viene aplicándose tradicionalmente entre Estados, es decir, se trata de una barrera procesal oponible ante tribunales nacionales extranjeros. No obstante, su estatus se está viendo transformado por el desarrollo del Derecho Internacional Penal y cabe preguntarse cuál su vigencia en la actualidad tanto frente a los tribunales nacionales como ante los internacionales, y en concreto ante la CPI¹⁴⁹⁵, una cuestión esencial que, como señalábamos, está obstaculizando la cooperación de los Estados en materia de arresto y entrega.

2.2. La inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio ante tribunales extranjeros

Actualmente, tal y como demuestra la práctica estatal, la inmunidad de esta categoría de individuos sigue entendiéndose prácticamente como absoluta ante los tribunales penales extranjeros, de manera que ningún procedimiento iniciado en sede nacional con el fin de juzgar a dirigentes extranjeros en el cargo ha prosperado hasta la fecha¹⁴⁹⁶. No obstante, las posibilidades de perseguirlos penalmente aumentan una vez terminado su mandato, ya que desde ese momento finaliza la inmunidad personal que los protegía, aunque esto únicamente quepa hacerse respecto de los actos que no formasen parte del ejercicio de su cargo, es decir, por aquéllos que no queden cubiertos por la inmunidad funcional o, lo que es lo mismo, los actos privados.

¹⁴⁹⁴ CDI, A/CN.4/701, 68º período de sesiones, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 14 de junio de 2016, *op. cit.*, § 178. ver nota 1485.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, § 75, 203. Debe diferenciarse que mientras el derecho de la inmunidad reviste un carácter esencialmente procesal, la determinación de la licitud o ilicitud de un comportamiento responde al derecho material. En este sentido, ambas categorías son compatibles, puesto que mientras que la inmunidad se refiere al procedimiento, la prohibición de crímenes internacionales, de carácter *ius cogens*, tienen carácter sustantivo.

¹⁴⁹⁶ Véanse los siguientes autos de la Audiencia Nacional en esta materia: Auto de 6 de febrero de 2008 en el caso del presidente ruandés Paul Kagame; el asunto *Fidel Castro*, con querellas denegadas en tres ocasiones: Auto de 4 de marzo de 1999, auto de 10 de marzo de 2006 y auto de 13 de diciembre de 2007; el asunto *Hugo Chávez* en el Auto de 18 de marzo de 2003; el asunto del entonces monarca marroquí *Hassan II* en el Auto de 23 de diciembre de 1998 y el asunto *Obiang* en el Auto del 23 de diciembre de 1998.

Como apuntábamos, la CDI viene estudiando la cuestión relativa a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado desde 2007¹⁴⁹⁷ y el citado último informe de junio de 2016 es muy clarificador al respecto, pues precisamente aborda el debate en torno a los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en relación a la comisión de crímenes internacionales¹⁴⁹⁸. Así, mediante un exhaustivo estudio de la práctica convencional, la práctica legislativa nacional y la práctica judicial nacional e internacional, la CDI analiza la posible existencia de una excepción a la norma consuetudinaria en el caso de la comisión de crímenes internacionales sobre los que la CPI es competente con el fin de determinar en qué caso puede invalidarse la inmunidad ante un tribunal nacional. Al hilo de esta cuestión, las razones expuestas por la doctrina y por parte de algunos tribunales nacionales para defender la inaplicación de la inmunidad *ratione materiae* o la inoponibilidad de la capacidad oficial en el contexto de la comisión de crímenes internacionales son variadas. Por un lado, se señala que éstos no pueden calificarse como actos estatales porque su comisión no puede considerarse función ordinaria o propia del Estado o de sus funcionarios¹⁴⁹⁹. Por otro lado, se apunta que la inmunidad debe quedar anulada por la gravedad de los crímenes cometidos por personal del Estado, mientras que otros esgrimen su invalidez ante la violación de normas de carácter *ius cogens*¹⁵⁰⁰.

Además, en virtud del desarrollo que ha experimentado el Derecho Internacional en relación a las normas que permiten a los Estados ejercer la jurisdicción universal sobre ciertos crímenes internacionales y que precisamente estas normas prevén el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el período de duración del cargo oficial, hay quienes consideran que la inmunidad *ratione materiae* no puede coexistir con este tipo de jurisdicción¹⁵⁰¹. No obstante,

¹⁴⁹⁷ En su 59ª sesión (2007), la CDI decidió incluir el asunto de la “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” en su programa de trabajo, nombrando al Sr. Roman A. Kolodkin como Relator Especial. Official Records of the *General Assembly, Sixty-second Session, Supplement No. 10 (A/62/10)*, § 376.

¹⁴⁹⁸ CDI, A/CN.4/701, 68º período de sesiones, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 14 de junio de 2016, *op. cit.*, ver nota 1485.

¹⁴⁹⁹ BIANCHI, Andrea, “Denying State immunity to violators of human rights” en *Austrian Journal of Public International Law*, nº 46, nº 3, 1993, pp. 227-228; ORAKHELASHVILI, Alexander, “State immunity and international public order” en *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 227-267.

¹⁵⁰⁰ CDI, A/CN.4/701, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 14 de junio de 2016, § 115, donde el primer ejemplo expuesto se considera una razón contra el mantenimiento de la inmunidad *ratione materiae*.

¹⁵⁰¹ AKANDE, Dapo, “International law immunities... *op. cit.*”, p. 415: “In this sense, in the Pinochet case most of the judges held that since the Torture Convention limited the offense to acts committed in the exercise of official capacity, the granting of immunity *ratione materiae* would necessarily have been inconsistent with the provisions of the Convention that accord universal jurisdiction over the offense. Accordingly, immunity *ratione materiae* must be regarded as having been displaced by the rule according universal jurisdiction for acts

la crisis generalizada que sufre la figura de la justicia universal ha cerrado oportunidades a iniciar nuevos procedimientos, limitando las escasas opciones de éxito a supuestos en los que, en cualquier caso, los individuos en cuestión no se encuentren en el cargo, es decir, anulando prácticamente cualquier intento de invalidar la inmunidad personal de los jefes de Estado en ejercicio¹⁵⁰². De este modo, aunque según el citado último informe de la CDI no pueda afirmarse ninguna excepción a la inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado en ejercicio, se advierte de la aplicación de la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*. El Derecho Internacional consuetudinario avala por tanto ambos tipos de inmunidad para los jefes de Estado mientras ostenten su cargo, pero una vez finalizado éste, un tribunal extranjero podrá juzgarlos por la comisión de crímenes internacionales cometidos durante su mandato, entendiendo que la inmunidad *ratione materiae* no puede amparar dichos crímenes:

“En consecuencia, hay que concluir que, a la luz de la práctica, no es posible identificar la existencia de una norma consuetudinaria que permita la aplicación de límites o excepciones a la inmunidad *ratione personae*, no siendo posible tampoco identificar una línea de tendencia en tal dirección. Por el contrario, los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se aplican a los funcionarios en el marco de la inmunidad *ratione materiae*.

La citada limitación no puede entenderse sin embargo, como una forma de impunidad. Por el contrario, debe recordarse que la inmunidad *ratione personae* tiene una naturaleza eminentemente temporal, tal como se establece en el proyecto de artículo 4, provisionalmente aprobado por la Comisión 2013. En virtud de esta previsión, debe destacarse que tras el fin de su mandato, un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores tan solo se beneficiarán de la inmunidad *ratione materiae* por los actos que hayan realizado a título oficial durante su mandato. Por tanto, en dicho momento les será de aplicación plena el régimen de la inmunidad *ratione materiae*, incluidos sus límites y excepciones. O lo que es lo mismo, la exclusión del régimen de límites y excepciones respecto del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores tiene una naturaleza temporal que se explica en particular por el papel representativo del Estado que dichos órganos detentan en el plano de las relaciones internacionales.”¹⁵⁰³

Si bien el informe anterior de la Relatora Especial advertía de la necesidad de cautela antes de proclamar la inaplicación de la inmunidad *ratione materiae* respecto a la comisión de crímenes internacionales¹⁵⁰⁴, el último ofrece una gran aportación al desarrollo del Derecho

of torture. Similarly, since grave breaches of the 1949 Geneva Conventions and other war crimes committed in an international armed conflict are almost by definition acts committed by military and other officials of states, the treaty rules according universal jurisdiction over such crimes cannot logically coexist with the grant of immunity *ratione materiae* to state officials. (...) Therefore, immunity *ratione materiae* does not exist with respect to domestic criminal proceedings for any of the international crimes set out in the Statute of the ICC.”

¹⁵⁰² CERVELL HORTAL, M^a José, *op. cit.*, p. 231.

¹⁵⁰³ CDI, A/CN.4/701, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 14 de junio de 2016, §s 240-241.

¹⁵⁰⁴ CDI, A/CN.4/686, Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por la Relatora Especial, Concepción Escobar Hernández, 29 de mayo de 2015, § 126.

Internacional Público y en concreto al régimen internacional de las inmunidades, afirmando la existencia de una excepción a dicha inmunidad en el caso de los crímenes internacionales cometidos por funcionarios estatales, aunque en el caso de los jefes de Estado, jefes de Gobierno o ministros de Asuntos Exteriores, éstos únicamente puedan ser juzgados por dichos actos una vez finalizados sus cargos por no poder admitir excepción alguna a la inmunidad personal ante jurisdicciones penales extranjeras. Tomando en consideración lo expuesto, la inmunidad cobra una especial complejidad cuando es un tribunal internacional el que pretende enjuiciar a un jefe de Estado en ejercicio con inmunidad *ratione personae* en virtud del Derecho Internacional consuetudinario, más aún cuando este órgano se constituye convencionalmente y cuando el Estado al que representa aquél no es un Estado parte en su tratado.

2.3. La inmunidad de jefes de Estado en ejercicio en el marco del Estatuto de Roma

Como adelantábamos, tras las órdenes de arresto contra Al Bashir han sido varios los Estados parte africanos los que se han negado a cooperar con la CPI en su arresto y entrega por entender que en virtud del Derecho Internacional consuetudinario éste conserva su inmunidad personal frente a las jurisdicciones nacionales, que son quienes, en definitiva, deben ponerlo a disposición de la CPI para que ésta pueda ejercer su mandato. En este contexto, la CPI, en aplicación del art. 87(7) del ER¹⁵⁰⁵, ha determinado el incumplimiento del propio Estado de Sudán, Chad, Malawi, la RDC, Yibuti y Uganda en relación a las solicitudes de arresto y entrega de Al Bashir en el marco de la investigación en Darfur, remitiendo la correspondiente notificación de incumplimiento al CS y a la AEP con el fin de que estos órganos adopten, en sus respectivos ámbitos, las medidas oportunas que faciliten la cooperación y cumplimiento de las mismas.

Informe disponible en el siguiente enlace:
<http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/686&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/67/&Lang=S>
(última visita 18-05-17).

¹⁵⁰⁵ Art. 87(7) del ER: “Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.”

Se trata de un escenario complejo, pues a diferencia de los tribunales internacionales *ad hoc*, la CPI fue creada mediante un tratado internacional y no mediante una resolución del CS adoptada sobre la base de Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, cuestión que indudablemente afecta a su alcance tanto material como procesal y a su capacidad para hacer cumplir sus solicitudes de cooperación. Además, como sabemos, Al Bashir es un jefe de Estado en ejercicio cuyo país no ha ratificado el ER, de manera que estas cuestiones han llevado a debatir a lo largo de estos años el alcance de su inmunidad *ratione personae* ante la CPI y ante los Estados parte que deben dar cumplimiento a las solicitudes de cooperación recibidas.

Al mismo tiempo, el hecho de que este caso derive de la Res. 1593 del CS adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas y que de esta manera se haya dotado a la CPI de jurisdicción sobre un Estado ajeno al ER como es Sudán, y en concreto sobre individuos que en ausencia de dicha resolución quedarían fuera de su alcance y gozarían de la inmunidad personal que les garantiza el derecho consuetudinario, ha generado interrogantes respecto al alcance del poder del CS ante la CPI. Desde un inicio, el tribunal se ha mostrado contrario al reconocimiento de la inmunidad personal de Al Bashir, aunque adoptando durante este tiempo decisiones pobres, poco convincentes y desiguales si se tiene en cuenta la relevancia de esta cuestión en el ámbito del Derecho Internacional. Considerando que el ER únicamente vincula a los Estados parte en virtud del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*¹⁵⁰⁶, cabe preguntarse en qué medida puede la CPI emitir legalmente una orden de arresto contra un jefe de Estado en ejercicio como Al Bashir y en qué medida puede obstaculizar su inmunidad personal, si la tuviera, la cooperación de los Estados parte con el tribunal, tratándose de un caso derivado de una remisión del CS bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, cuestiones que las decisiones sobre la falta de cooperación de Malawi y Chad dejaron en el aire y que más recientemente, ante la falta de cooperación de la RDC, los jueces han tratado clarificar, aunque a nuestro juicio sin demasiado acierto.

¹⁵⁰⁶ Art. 34 del Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

2.3.1. Los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma y el fundamento de las órdenes de arresto contra Al Bashir

Las disposiciones más relevantes a considerar sobre la interrelación de las inmunidades personales y la cooperación de los Estados con la CPI son los arts. 27(2) y 98(1) del ER. El art. 27 recoge lo siguiente:

- “1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.”

Antes de proceder al análisis de su aplicación por la CPI, conviene señalar que estos dos apartados del art. 27, aunque relacionados, regulan cuestiones diferentes. El primero, también recogido en los estatutos de los tribunales de Núremberg y Tokio así como en los del TPIY y el TPIR¹⁵⁰⁷, se refiere principalmente a la improcedencia o irrelevancia del cargo oficial frente a la CPI, mientras que el segundo invalida la barrera u obstáculo procesal de la inmunidad que acompaña al cargo, es decir, recoge una excepción a la inmunidad *ratione personae*. Si bien incidimos en que es éste último el tipo de inmunidad el que nos interesa por ser el que plantea problemas en el ámbito de la cooperación, conviene ahondar, siquiera brevemente, en la distinción entre ambos, pues como veremos, la confusión entre los dos conceptos es una realidad en la práctica actual. Como se ha adelantado, uno de los posibles impedimentos al enjuiciamiento de crímenes internacionales podrían componerlo las normas procesales dirigidas a proteger al acusado por los actos llevados a cabo a título oficial, es decir las inmunidades *ratione materiae*. En este sentido, el principal objeto del art. 27(1) no es otro que confirmar que el cargo oficial de un individuo no le exime de responsabilidad penal, eliminando la defensa que en este sentido pretendan alegar los funcionarios estatales. Así, aunque parezca que este apartado no hace referencia alguna a las inmunidades, como señala Akande, “deeper analysis shows that Article 27(1) does have the effect of removing at least some of the immunities to which state officials would otherwise be entitled. (...) By providing that the ICC Statute also applies to state officials, Article 27(1) establishes that

¹⁵⁰⁷ Art. 7 of the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, London, 8 August 1945; Art. 7(2) of the ICTY Statute and art. 6(2) of the ICTR Statute.

those officials are subject to prosecution by the ICC even when they acted in their official capacity. Therefore, Article 27(1) is also jurisdictional in nature”¹⁵⁰⁸.

Otros autores opinan que este apartado viene a reformular la norma consuetudinaria que establece la responsabilidad penal individual mediante la revocación de la defensa del cargo oficial o, dicho de otro modo, que incorpora la excepción consuetudinaria a la inmunidad funcional en el caso de los crímenes de la competencia de la Corte¹⁵⁰⁹. En este sentido, Gaeta considera que el hecho de que el epígrafe incluya un listado amplio de oficiales, algo inusual en otros tratados que recogen la retirada de la inmunidad, es muestra del rechazo a la doctrina internacional de las inmunidades funcionales en lo que a crímenes internacionales se refiere, entendiendo que el objeto de su inclusión fue precisamente sortear algunas normativas nacionales que expresamente protegen con la inmunidad a esas figuras estatales¹⁵¹⁰. Esta cuestión no genera demasiadas dudas, pues actualmente, y más aún tras el último informe de la CDI, la excepción consuetudinaria a la inmunidad *ratione materiae* en estos casos parece estar consolidándose.

El art. 27(2), en cambio, admitiendo que las inmunidades procesales propias del cargo oficial podrían constituir un obstáculo procesal, retira toda inmunidad de los Estados parte sobre sus funcionarios estatales con respecto a la CPI. De esta manera, a pesar de que como norma general la inmunidad personal de los jefes de Estado o de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores sigue vigente en virtud del Derecho Internacional consuetudinario mientras ostenten el cargo, esta disposición retira la de los nacionales de los Estados parte en el ER, por lo que actúa como una excepción convencional a la norma consuetudinaria de las inmunidades *ratione personae* que no admite excepciones entre los Estados sujetos al ER. Si bien en virtud de este artículo no cabe duda de que toda inmunidad, tanto funcional como personal, pierde validez ante la CPI, la inclusión del art. 98(1) del ER, enmarcado en el apartado IX del ER, relativo a la cooperación de los Estados parte con este tribunal, dispone lo siguiente:

¹⁵⁰⁸ AKANDE, Dapo, “International law immunities... *op. cit.*”, p. 420.

¹⁵⁰⁹ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola *et al.*, *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 246; TRIFFTERER, Otto, “Article 27 Irrelevance of official capacity” en Otto Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, 2 ed., Oxford, 2008, p. 286.

¹⁵¹⁰ GAETA, Paola, “Official capacity and immunities”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (Eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 978.

“1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.”

Al realizar una lectura conjunta se observa que, por un lado, el ER invalida mediante su art. 27(2) cualquier inmunidad personal que corresponda a los altos cargos de los Estados parte, es decir, que mediante la ratificación del ER éstos se someten a esta disposición y asumen la anulación de las inmunidades correspondientes a sus respectivos cargos¹⁵¹¹, lo que dota a la CPI de competencia para emitir una orden de arresto contra ellos, solicitar la cooperación del resto de Estados parte y procesarlos en La Haya sin que ello suscite ninguna controversia jurídica. Ahora bien, según lo dispuesto en el art. 98(1) del ER, las inmunidades personales de los cargos oficiales de terceros Estados sigue vigente ante las jurisdicciones penales extranjeras, de manera que esta disposición busca evitar que un Estado parte deba enfrentarse a obligaciones incompatibles, como la de cooperar con la CPI en el arresto y entrega de un alto cargo en ejercicio de un tercer Estado de un lado, y respetar las inmunidades de éste de otro¹⁵¹², siendo a día de hoy cuestión prácticamente indiscutible que la inmunidad protegida por este artículo en su referencia a ‘terceros Estados’ es la de aquéllos no parte en el ER¹⁵¹³. En pocas palabras, el art. 27 regula la relación vertical entre la CPI y los Estados parte en el ámbito de la competencia, mientras que el art. 98(1) regula la relación triangular entre la Corte, los Estados parte y el tercer Estado de la nacionalidad del autor en el marco de la cooperación¹⁵¹⁴.

¹⁵¹¹ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el TPI (Roma 1998)” en *Hacia una Justicia Internacional*, Madrid, Abogacía General del Estado, XXI Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2000, p. 592.

¹⁵¹² KRESS, Claus, “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute” en Morten Bergsmo, Ling Yan (Eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Beijing, 2012, p. 233: “there was uncertainty in Rome on the extent to which such conflict could at all arise, and Article 98(1) of the Statute is no more than a procedural device to avoid a conflict of duties in case there should be one.”

¹⁵¹³ SSENYONJO, Manisuli, “The International Criminal Court arrest warrant decision for President Al Bashir” en *International Comparative Law Quarterly*, vol. 59, n° 1, 2010, p. 210.

¹⁵¹⁴ “In any event, it should be noted that, strictly A/CN.4/701, article 98, paragraph 1, only limits the obligation to cooperate with the Court in respect of the surrender of a person who enjoys immunity under international law, and this limitation, moreover, applies only to a request for the surrender of a national of a State that is not a party to the Statute. From this standpoint, the limitation introduced by article 98, paragraph 1, does not, strictly speaking, affect the non-inability to invoke immunity from the Court’s jurisdiction, but rather the ability to invoke such immunity in respect of measures that must be taken by national courts in order to fulfil the obligation to cooperate with the Court.”, see A/CN.4/701, Fifth report on immunity of State Officials from foreign criminal jurisdiction elaborated by the Special Rapporteur Concepción Escobar Hernández, 14 June 2016, § 164.

En la decisión sobre la solicitud de una orden de arresto contra Al Bashir del 4 de marzo de 2009, la SCP I determinó que su cargo de presidente de un Estado no parte en el ER no impide la competencia de la CPI sobre su caso¹⁵¹⁵, afirmación que basó en cuatro argumentos. En primer lugar, se refirió al objetivo de poner fin a la impunidad que persigue el tratado. En segundo lugar, transcribió por completo el art. 27 del ER. En tercer lugar, hizo referencia al art. 21 del ER esgrimiendo que, al no constatar lagunas en virtud del apartado (1)(a), no era necesario recurrir a la aplicación de las fuentes recogidas en los apartados (1)(b) y (c), es decir, que el derecho aplicable al caso *Al Bashir* es el propio Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus RPP¹⁵¹⁶. En último lugar, señaló que, considerando que la situación de Darfur fue remitida por el CS en virtud del art. 13(b) del ER, el CS aceptaba que tanto la investigación como cualquier caso derivado de ésta se llevaría a cabo en aplicación del ER¹⁵¹⁷.

Sin embargo, no hizo referencia alguna ni al Derecho Internacional consuetudinario en materia de inmunidades ni al art. 98(1) del ER, que como hemos adelantado, es precisamente la cláusula de salvaguardia de las inmunidades personales de los cargos oficiales de terceros Estados frente a las solicitudes de cooperación emitidas por la CPI. Dicho de otra manera, los jueces no se refirieron en ningún momento al carácter convencional del ER, un tratado que únicamente puede vincular a las partes que se han sometido a él, entre las que no figura Sudán. Se trataba de una cuestión que, dada su trascendencia merecía más atención por su parte¹⁵¹⁸ y en este sentido, compartimos la postura de Kress cuando afirma que la única razón expuesta que podría tener un mayor recorrido, era la que apuntaba que la remisión tenía su origen en el Capítulo VII del CS, aunque lamentablemente los jueces no profundizaran en esta cuestión hasta pasado un tiempo¹⁵¹⁹. Desde ese momento, surgieron las dudas sobre el alcance

¹⁵¹⁵ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, § 41.

¹⁵¹⁶ A nuestro modo de ver, el derecho internacional consuetudinario de las inmunidades era y sigue siendo el marco jurídico fundamental en este caso, marco que debería de haber sido debidamente analizado y considerado por los jueces.

¹⁵¹⁷ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09, §§ 42-45.

¹⁵¹⁸ CERVELL HORTAL, M^a José, *op. cit.*, pp. 206-207.

¹⁵¹⁹ KRESS, Claus, “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute” en Morten Bergsmo, Ling Yan (Eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Beijing, 2012, p. 231.

de la Res. 1593 con respecto a la jurisdicción de la CPI, con juristas contrarios a considerar que esta remisión influya de algún modo en la inmunidad de Al Bashir¹⁵²⁰.

2.3.2. La excepción consuetudinaria al Derecho Internacional general de las inmunidades respecto a la obligación de cooperación de los Estados parte

Fueron las decisiones de 2011 de la SCP I, sobre el incumplimiento de cooperación de Malawi¹⁵²¹ y Chad¹⁵²² por no arrestar a Al Bashir cuando éste se encontraba en sus territorios, las que añadieron más controversia a la cuestión de la inmunidad del presidente sudanés y la obligación de los Estados parte de cooperar con la CPI¹⁵²³. Ésta determinó que estos Estados parte no respetaron su autoridad en relación a la inaplicación de las inmunidades al caso en cuestión y que no cumplieron con lo dispuesto en el art. 119(1) del ER ni en la Regla 195(1) de las RPP para solucionar el conflicto entre la solicitud de la CPI y los impedimentos nacionales¹⁵²⁴, es decir, no cooperaron ni en la ejecución de la orden de arresto ni en el deber de establecer una consulta previa con la CPI dirigida a dirimir estas cuestiones.

A diferencia de la citada decisión de 2009 sobre la orden de arresto en la que sólo se hizo mención a la cuestión de la improcedencia del cargo oficial de los jefes de Estado, en estos casos los jueces abordaron por primera vez la cuestión de la inmunidad ante tribunales internacionales, puesto que como se ha adelantado, si bien la inmunidad personal de jefes de Estado en ejercicio ante tribunales nacionales quedó confirmada por la CIJ en 2002 en el

¹⁵²⁰ GAETA, Paola, “Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, nº 2, 2003, p. 324; WILLIAMS, Sarah, SHERIF, Lena, “The arrest warrant for President al-Bashir: immunities if incumbent heads of State and the International Criminal Court” en *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, No. 1, 2009, p. 80.

¹⁵²¹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-2011.

¹⁵²² *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 13-12-2011.

¹⁵²³ Éstas fueron las primeras decisiones judiciales que determinaron el incumplimiento a la obligación de cooperar con la CPI en virtud del art. 87(7) del ER.

¹⁵²⁴ “ER, Art 119. Solución de controversias.

1. Las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella.

RPP, Regla 195. Suministro de información

1. El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte.”

asunto *Orden de Arresto*¹⁵²⁵, hasta ese momento la CPI no había ofrecido un razonamiento jurídico que justificara el ejercicio de su competencia sobre Al Bashir más allá de los cuatro argumentos plasmados en la citada decisión de 2009¹⁵²⁶.

En este sentido, la Sala afirmó la existencia de una excepción consuetudinaria a la inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio cuando es un tribunal internacional el que pretende juzgar, como era su caso. A esto añadió que, al negarse estos Estados parte a ejecutar las solicitudes de arresto y entrega contra Al Bashir, ambos habían violado sus obligaciones con respecto a la CPI¹⁵²⁷. En su defensa, Malawi justificó su falta de cooperación en la inmunidad *ratione personae* que a su juicio Al Bashir mantiene en virtud del derecho consuetudinario y según lo dispuesto en el art. 98 del ER por tratarse de un jefe de Estado en el cargo cuyo país es ajeno al ER, alineándose así con la postura que viene manteniendo la Unión Africana a raíz de las órdenes de arresto dictadas contra el presidente sudanés¹⁵²⁸. Como se señalaba al principio de esta sección, esta organización viene defendiendo su posición contraria a la cooperación con la CPI al entender precisamente que en base al art. 98 del ER, los Estados parte no pueden arrestar y entregar a Al Bashir porque estarían actuando en violación del Derecho Internacional en caso de hacerlo¹⁵²⁹.

¹⁵²⁵ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

¹⁵²⁶ AKANDE, Dapo, “ICC issues detailed decision on Bashir’s immunity (...At long last...) but gets the law wrong” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 15-12-11. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir%E2%80%99s-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/> Tal y como expresa Akande, la CPI ha tardado demasiado tiempo en emitir una decisión detallada sobre la cuestión de la inmunidad. Además, considerando la importancia de la inmunidad personal de Al Bashir como Jefe de Estado de un Estado no parte en el ER, los pasos adoptados por la UA en este sentido y la oportunidad perdida de tratar este asunto ante el CS, son motivo suficiente para ser críticos con este tardío pronunciamiento.

¹⁵²⁷ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-2011, § 43.

¹⁵²⁸ Assembly of the African Union, Thirteenth Ordinary Session 1-3 July 2009, Sirte, Assembly/AU/Dec. 243-267 (XIII) Rev.1 Assembly/AU/Decl.1- 5(XIII), pp. 1-3; KEPPLER, Elise, “Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa” en *Journal of African Law*, vol. 56, n° 1, 2011, pp. 1-14; DU PLESSIS, *The International Criminal Court that Africa wants*, Institute for Security Studies, Pretoria, 2010; DU PLESSIS, Max, MALUWA, Tiyanjana, O’REILLY, Annie, “Africa and the International Criminal Court” en Chatham House, *International Law* 2013/01, July 2013, pp. 4-6. Document available in https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/0713pp_iccafric_a.pdf (última visita 18-05-17); AKANDE, Dapo, “ICC issues detailed decision... *op. cit.*”, ver nota 1526; KIYANI, Asad, “Exploring legal rationales for South Africa’s failure to arrest al-Bashir” en *Opinio Juris blog*, publicado el 18-06-15. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2015/06/18/guest-post-exploring-legal-rationales-for-south-africas-failure-to-arrest-al-bashir/> (última visita 18-05-17).

¹⁵²⁹ Assembly of the African Union, Thirteenth Ordinary Session 1 – 3 July 2009, § 10: “DECIDES that in view of the fact that the request by the African Union has never been acted upon, the AU Member States shall not cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome Statute of the ICC relating to immunities, for the

Si bien el art. 27 retira todo tipo de inmunidades a los Estados parte en relación con el art. 98(1)¹⁵³⁰, la argumentación empleada por la SCP I para defender la existencia de una excepción consuetudinaria a la inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio ante los tribunales internacionales que permitiría a los Estados parte su arresto y entrega a la CPI es, a nuestro juicio, muy desacertada. Por un lado, pese a apoyarse en los Estatutos de los tribunales de Núremberg y Tokio y del TPIY y el TPIR¹⁵³¹, las disposiciones que señaló la CPI recogen la improcedencia del cargo oficial ante la responsabilidad penal individual pero no abordan el efecto de la inmunidad personal de los jefes de Estado en relación a su competencia, es decir, únicamente afirman que el cargo oficial no excluye su responsabilidad penal, algo que es incuestionable a día de hoy, tal y como la propia CIJ ha manifestado¹⁵³². No obstante, en un ejercicio de innovación, la CPI subrayó la naturaleza consuetudinaria de la excepción a la inmunidad ante tribunales internacionales y consideró que la obligación de cooperación de los Estados parte en el arresto de Al Bashir derivaba directamente de esa determinación, calificando la improcedencia del cargo oficial recogida en el Estatuto del TPIY como norma declarativa del Derecho Internacional general¹⁵³³. Así, los jueces declararon que el art. 27 es aplicable a cualquier persona, sea o no nacional de un Estado parte, y por tanto, cualquier individuo pierde su inmunidad ante este tribunal.

arrest and surrender of President Omar El Bashir of The Sudan.”; Assembly of the African Union, Sixteenth Ordinary Session 30-31 January 2011, § 5: “DECIDES That by receiving President Bashir, the Republic of Chad and the Republic of Kenya were implementing various AU Assembly Decisions on the warrant of arrest issued by ICC against President Bashir as well as acting in pursuit of peace and stability in their respective regions.”. Véase la reacción de la UA a las decisiones judiciales contra Malawi y Chad en Press Release N° 002/2012 of 9 January 2012 on the Decisions of the Pre-Trial Chamber I of the ICC pursuant to article 87(7) of the ICC Statute and the alleged failure by the Republic of Chad and the Republic of Malawi to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of President Omar Hassan Al Bashir of the Republic of the Sudan: “The Security Council has not lifted President Al Bashir’s immunity either: any such lifting should have been explicit, mere referral of a ‘situation’ by the UNSC to the ICC or requesting a state to cooperate with the ICC cannot be interpreted as lifting immunities granted under international law.”

¹⁵³⁰ PEDRETTI, Ramona, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2015, p. 277: “The waiver allows the ICC to exercise its jurisdiction without immunity constituting an obstacle. The waiver is also valid on an inter-State level, viz. in the proceedings of the requested State for the arrest and surrender of the wanted official to the ICC, since the requested State is not acting unilaterally but as an extended arm of the ICC.”

¹⁵³¹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-11, §§ 22-31.

¹⁵³² AKANDE, Dapo, “ICC issues detailed decision... *op. cit.*, ver nota 1526. De hecho, esto fue lo dispuesto por la CIJ en el asunto relativo a la Orden de Arresto, véase, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, §§ 60-61.

¹⁵³³ ABRISKETA URIARTE, Joana, “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional” en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, n° 1, 2016, pp. 35-36; *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-11, § 30.

Sin embargo, no puede ignorarse, como hizo la SCP I, que a diferencia del ER, los Estatutos de los tribunales *ad hoc* emanaron de sendas resoluciones del CS bajo el Capítulo VII de la Carta, por lo que éstos no sólo vinculaban a todos los Estados miembros de Naciones Unidas, sino que además, anulaban todo tipo de inmunidad estatal—sin la posibilidad de que los nacionales implicados pudieran interponer esta excepción ante estos tribunales—, incluso ante las jurisdicciones nacionales extranjeras con respecto a la detención y entrega. En cualquier caso, el asunto de las inmunidades personales no suspuso ningún obstáculo en términos de cooperación ante estos tribunales, ya que no se juzgó a ningún alto cargo en ejercicio. No obstante, la CPI señaló el caso de Slobodan Milosevic como precedente para justificar la inaplicación de la inmunidad personal de Al Bashir¹⁵³⁴. Éste era jefe de Estado cuando el TIPY emitió la orden de arresto en su contra, pero cuando se produjo su entrega ya había abandonado el cargo, de modo que no puede plantearse como un ejemplo válido y extrapolable al caso *Al Bashir*. De hecho, como señalábamos, tratándose el TIPY de un tribunal con alcance universal que en virtud del Capítulo VII de la Carta obligaba a todos los Estados miembros de Naciones Unidas, aun en el supuesto de seguir en el cargo en el momento de su detención, la inmunidad no hubiera podido ser alegada como defensa para evitar el arresto.

Así pues, en vista del origen y naturaleza de los tribunales *ad hoc*, y del hecho de que ninguno de ellos ha enjuiciado a un jefe de Estado o de Gobierno o ministro de Asuntos Exteriores en el cargo, puede afirmarse que éstos no son precedentes indicativos de la inaplicación de la inmunidad *ratione personae* de un jefe de Estado en ejercicio no sometido al instrumento convencional constituyente de un tribunal penal internacional, como es el caso de Sudán con respecto a la CPI. A nuestro juicio, no son ejemplos válidos en los que la CPI pueda apoyarse para defender la existencia de una excepción a la norma consuetudinaria de la inmunidad personal ante tribunales internacionales para presuntos responsables en el cargo, pues lo único que reflejan tanto los Estatutos de estos tribunales, como su práctica, es la excepción consuetudinaria de la inmunidad funcional.

Por otro lado, el ejemplo del asunto *Orden de Arresto* también señalado por los jueces para sustentar su argumento tampoco serviría en este contexto para hacer inaplicable a Al Bashir la

¹⁵³⁴ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-11, §s 30, 39.

inmunidad personal que el derecho consuetudinario le garantiza como jefe de Estado en ejercicio. Como sabemos, en esta sentencia la CIJ confirmó de manera inequívoca las inmunidades personales ante tribunales nacionales al tiempo que hacía mención, aunque en un *obiter dictum*¹⁵³⁵, de varios tribunales internacionales ante los que la inmunidad personal no es aplicable, entre ellos la CPI¹⁵³⁶. Sin embargo, a pesar de que la CIJ se refiriera al art. 27(2) del ER, no puede deducirse que por ello estuviera afirmando la existencia de una excepción a la norma consuetudinaria en ese supuesto, de la misma manera que no puede pasarse por alto que no hizo distinción ni matización alguna entre los tribunales internacionales nombrados¹⁵³⁷. Así, entendemos que las referencias eran meros ejemplos para ilustrar la idea

¹⁵³⁵ KRESS, Claus, “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute...*op. cit.*, p. 244: “It is well-known that this passage is an obiter dictum and that the Court included it in its judgment without adducing State practice based on opinio juris in support of it and without in any other way explaining and justifying its content.”

¹⁵³⁶ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, 14-02-02, § 61: “Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International Criminal Court created by the 1998 Rome Convention. The latter’s Statute expressly provides, in Article 27, paragraph 2, that “[i]mmunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person”. However, it should be borne in mind that Milosevic, apart from his case being derived from the UN created tribunal and frequently cited as a precedent of an indicted Head of State, was no longer in that position when he was arrested and when his trial began.

¹⁵³⁷ KRESS, Claus, “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute...*op. cit.*, pp. 246-250; SCHABAS, William A., “The Special Tribunal for Lebanon: Is an international tribunal equivalent to an international criminal court?” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, n° 2, 2008, pp. 513-528; SCHABAS, William A., “Obama, Medvedev and Hu Jintao may be Prosecuted by International Criminal Court, Pre-Trial Chamber Concludes”, en *PhD Studies on Human Rights Blog*, publicado el 15-12-11. Disponible en <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2011/12/obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html> (última visita 18-05-17): “If there is no immunity before any international criminal court, as the Pre-Trial Chamber seems to hold, would it be possible for Nauru, Monaco, Andorra, Taiwan and the Palestinian Authority to join together and create an international criminal tribunal where the President of the United States would be stripped of the immunity that he would otherwise possess before the national courts of those countries? The immunity of heads of states results from customary international law. They cannot be deprived of it because other States so decide, whether they do this by their domestic law or by treaty. It is precisely for that reason that article 27(2) was included in the Statute. In the absence of article 27(2), even States Parties would be able to invoke immunity.”

SCHABAS, William A., “The Special Tribunal for Lebanon: Is a ‘Tribunal of an International Character’... *op. cit.*, p. 516; WILLIAMS, Sarah, SHERIF, Lena, “The arrest warrant for President al-Bashir: immunities if incumbent heads of State and the International Criminal Court” en *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, n° 1, 2009, pp. 76-78: “the ICJ’s reference to ‘certain international criminal tribunals’ suggests that not all international criminal tribunals may exercise jurisdiction in respect of current heads of state. This statement is correct; it is not sufficient to remove the immunity of an incumbent head of state merely to assert that a tribunal is international in nature. Yet, the ICJ provided no guidance as to the criteria to be applied, beyond referring to the three existing international criminal tribunals. The approach adopted also fails to take into account the different legal bases of the tribunals considered. For instance, where a tribunal is established by a treaty, the international nature of a court does not, in itself, allow for the exercise of jurisdiction over nationals of a non-party state. Rather, in order to ascertain whether a tribunal falls within the dictum of the ICJ in the *Arrest Warrant* case, it is necessary to consider the nature of the court, its method of establishment and its constituent instrument. It must be determined whether the provisions of the instrument creating jurisdiction on the tribunal,

de que, a pesar de lo dispuesto en el derecho consuetudinario, algunos tribunales internacionales han retirado las inmunidades que obstaculizaban u obstaculizan el ejercicio de su competencia, pero sin pretender ir más allá mediante el empleo del término ‘algunos tribunales internacionales’, y menos aún, sin la intención de realizar una declaración normativa general sobre el marco jurídico consuetudinario aplicable a las inmunidades ante tribunales internacionales¹⁵³⁸. Dicho de otra manera, más que la naturaleza internacional de la CPI, es la retirada de la inmunidad convencional que recoge el art. 27 del ER—que en efecto supone una desviación o excepción convencional del derecho consuetudinario—lo que motivó a la CIJ a incluir a la CPI entre los tribunales penales internacionales enumerados ante los cuales es posible el enjuiciamiento de altos cargos oficiales en ejercicio sin que el Derecho Internacional de las inmunidades obstaculice el ejercicio de su competencia¹⁵³⁹. Es cierto que la referencia al art. 27 del ER la hizo sin matizar que esa disposición únicamente retira la inmunidad a los Estados parte del tratado. Sin embargo, probablemente no concretó dicha cuestión porque, o bien se desviaba del asunto que debía dirimir, o porque probablemente se trataba de una conclusión lógica.

En relación a la naturaleza internacional de un tribunal, cabe cuestionar seriamente si tanto el hecho de que un tribunal sea calificado así, como los criterios que llevan a tal determinación, pueden ser base suficiente para dotar a éste de la potestad de retirar las inmunidades personales que el derecho consuetudinario garantiza a los jefes de Estado en ejercicio sin una base jurídica sólida que sustente tal actuación. En este sentido, no compartimos el argumento de la SCP I cuando—apoyándose en palabras de Cassese y en las decisiones de la CIJ y del TESL—, señala que, al derivar la inmunidad del principio de igualdad soberana entre Estados, ésta pierde su sentido ante un tribunal internacional penal porque éste no es un órgano del Estado sino un representante de la comunidad internacional¹⁵⁴⁰. A nuestro modo de ver, son los propios Estados los que en definitiva

expressly or implicitly, lift immunity and whether the state concerned is bound by that instrument. (...). Furthermore, the decision of the ICJ in the *Arrest Warrant* case confirms that a foreign state could not initiate proceedings in respect of President Bashir while he remains in office. In creating the ICC, states cannot do together what they cannot do alone (i.e. issue legal proceedings in respect of an incumbent head of state) and, therefore, President Bashir cannot be tried by a tribunal established by third states.”

¹⁵³⁸ JACOBS, Dov, “The frog that wanted...”, *op. cit.*, p. 288.

¹⁵³⁹ DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna, “Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, nº 2, 2005, p. 318.

¹⁵⁴⁰ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-11, §s 34-36, apoyándose

constituyen un tribunal internacional, por lo que este argumento carece de fundamento. En este orden de cosas, entendemos que afirmar sin más matizaciones que las inmunidades no son aplicables ante instancias internacionales es simplificar demasiado el problema, ya que supone perder de vista lo relevante que es la naturaleza ‘constitutiva’ del tribunal internacional en cuestión, es decir, pasa por alto las diferencias que entraña el hecho de que se trate de un tribunal establecido al amparo de Naciones Unidas bajo el Capítulo VII de la Carta o que, por el contrario, su origen sea convencional¹⁵⁴¹. Los efectos sobre la inmunidad son diferentes en cada caso, pues en el primero ésta puede ser retirada o anulada por el CS, mientras que en el segundo escenario, sólo se invalida la inmunidad de los Estados firmantes del tratado constitutivo.

Algunas voces han extraído la confirmación de dicha excepción a la norma consuetudinaria del *obiter dictum* de la sentencia de la CIJ¹⁵⁴². Ahora bien, como ya han puesto de manifiesto reputados juristas cuya opinión compartimos, esa lectura supondría afirmar que el Derecho Internacional avala la posibilidad de que dos o más Estados puedan crear un tribunal con el fin de enjuiciar a cargos oficiales en ejercicio de un tercer Estado, es decir, que permitiría a dos o más Estados hacer algo que de manera individual no podrían hacer, lo que a su vez incurriría en la subversión de la razón de ser del Derecho Internacional de las inmunidades¹⁵⁴³. A nuestro entender, ni siquiera el ejemplo del caso *Taylor* expuesto por los jueces serviría para justificar la excepción a la norma consuetudinaria de la inmunidad *ratione personae*¹⁵⁴⁴, pues la lógica de esa decisión podría ser tan errónea como la de la CPI¹⁵⁴⁵. Errónea porque Charles Taylor aún era jefe de Estado de Liberia cuando el TESL, apoyándose en su carácter internacional, dictó una orden de arresto en su contra determinando que las

en la opinión expuesta por Cassese en *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford, 2012, p. 312.

¹⁵⁴¹ YUXIANG, Zhong, “Criminal immunity of state officials for core international crimes now and in the future” en Torkel Opsahl Academic EPublisher, *FICHL Policy Brief Series No. 20*, 2014, p. 2.

¹⁵⁴² GAETA, Paola, “Does President Al Bashir enjoy immunity... *op. cit.*, p. 322: “Finally, one can recall the position taken by the ICJ in the Arrest Warrant case, when it stated that personal immunities do not bar the exercise of criminal jurisdiction before competent international criminal courts. True, the ICJ did not elaborate the issue further. However, the tenor of the relevant paragraph of the judgment seems to indicate that the ICJ wanted to enunciate a principle of general purport, as if the ICJ considered that the international nature of a criminal court constitutes per se a sufficient ground to assert the unavailability of personal immunities before those international bodies.”

¹⁵⁴³ AKANDE, Dapo, “ICC issues detailed decision... *op. cit.*, ver nota 1526; JACOBS, Dov, “The frog that wanted to..., *op. cit.*, p. 288; PEDRETTI, Ramona, *Immunity of Heads of State... op.cit.*, p. 295.

¹⁵⁴⁴ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-11, §§ 35, 39.

¹⁵⁴⁵ AKANDE, Dapo, “ICC issues detailed decision... *op. cit.*, ver nota 1526.

inmunities personales consagradas por la CIJ en el asunto *Orden de Arresto* no le eran aplicables¹⁵⁴⁶. Y es que, valga recordar que Liberia no formaba parte del acuerdo entre Naciones Unidas y Sierra Leona, por lo que la mera emisión de la orden de arresto quizás podría haberse considerado contraria a derecho *ab initio*. De hecho, a pesar de que Taylor ya no mantenía su cargo cuando la SA tuvo que resolver si le eran aplicables o no las inmunities, ésta admitió que sí deberían de haberse respetado cuando fue emitida la orden de arresto en su contra¹⁵⁴⁷, lo que en cierta manera ponía en tela de juicio el proceder del TESL hasta la entrega del ex dirigente. Ahora bien, en lo que a la cooperación se refiere, lo realmente relevante es que cuando fue detenido por las autoridades de Nigeria, Taylor ya no era jefe de Estado. Como puede apreciarse, estas circunstancias no se dan en el caso *Al Bashir*, pues era jefe de Estado cuando se emitió la orden de arresto y sigue siéndolo en la actualidad, de forma que el caso *Taylor* tampoco sirve como un precedente que muestre la existencia de una excepción a la norma consuetudinaria defendida por la CPI.

Además de ofrecer estos desafortunados ejemplos que no se ajustan al caso, los jueces no prestaron la debida atención a la práctica de los Estados parte en el ER, cuyas legislaciones domésticas de implementación del ER generalmente recogen la distinción entre las inmunities de los Estados parte y la de los terceros Estados¹⁵⁴⁸. Asimismo, resulta más que evidente que los jueces no repararon adecuadamente en el texto del art. 98(1) del ER a pesar de señalar la existencia de la excepción a la norma consuetudinaria, ya que no explicaron en qué manera la ausencia de inmunidad afectaba al marco de cooperación entre Malawi y Chad y la CPI. De esta manera, el argumento de que ningún nacional goza de inmunidad ante la CPI

¹⁵⁴⁶ La SA concluyó que los tribunales internacionales no son órganos estatales, sino que obtienen su mandato de la comunidad internacional, por lo que se consideran de naturaleza internacional. Véase SCSL-2003-01-PT, “Prosecution response to defence motion to quash the indictment against Charles Ghankay Taylor”, 23-07-03, §§ 15-18.

¹⁵⁴⁷ SCSL-2003-01-1, “Decision on Immunity from Jurisdiction”, AC, 31-05-04, § 30.

Véase también TEJAN-COLE, Abdul, “A big man in a small cell: Charles Taylor and the Special Court for Sierra Leone” en Ellen L. Lutz and Caitlin Reiger (Eds.), *Prosecuting Heads of States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 205-232.

¹⁵⁴⁸ AKANDE, Dapo, “ICC issues detailed decision... *op. cit.*, ver nota 1526. De hecho, España aprobó la ‘Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunities de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España’, que confirma la inmunidad de Jefes de Estado o de Gobierno y de Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio ante los tribunales españoles, si bien establece que lo dispuesto en la ley “no afectará a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, ni a sus compromisos con la Corte Penal Internacional” (art. 29), haciendo así referencia implícitamente a la aceptación de la excepción a la inmunidad *ratione materiae* ante la comisión de crímenes internacionales y a la cooperación con la CPI cuando ésta solicite su asistencia, por ejemplo, en el arresto y entrega de un presidente en ejercicio de un Estado parte en el ER. Acceso al texto de la ley en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11545-consolidado.pdf> (última visita 18-05-17).

desvirtuaba por completo el contenido del art. 98(1), por lo que podría decirse que “confunde las bases jurídicas, puesto que el referido Tribunal se refiere a la inmunidad y al ejercicio de la jurisdicción, pero no al deber de cooperar. La Corte no distingue entre la inmunidad y el deber de cooperar”¹⁵⁴⁹. Dicho razonamiento no puede apoyarse, tal y como hicieron los jueces, en el número de Estados parte en el ER¹⁵⁵⁰, porque aun siendo ya 124 los Estados que mediante la ratificación del ER han renunciado a sus inmunidades ante la CPI, esta cifra no puede considerarse lo suficientemente representativa de toda la comunidad internacional como para afirmar la inaplicación de las inmunidades de terceros Estados ante la CPI. En otras palabras, afirmar que ésta es ya a día de hoy una corte penal internacional de alcance global, y que, por tanto, goza de la capacidad de revocar las inmunidades de cualquier Estado, es una conclusión más que discutible¹⁵⁵¹.

En este sentido, confirmar la postura de los jueces en estas situaciones supondría afirmar que la CPI es competente para enjuiciar a cualquier jefe de Estado en ejercicio—sea o no de un Estado parte— por el nacimiento de una nueva norma consuetudinaria que anula su inmunidad personal frente a ella y frente a las jurisdicciones penales nacionales, que son quienes deben arrestarlo y entregarlo para poder dar inicio al procedimiento ante el tribunal¹⁵⁵². Resulta más que evidente que ésta no era la idea de los redactores del ER ni es aún la línea seguida ni apoyada por muchos Estados de la comunidad internacional, menos aún si consideramos que las principales potencias mundiales no forman parte del ER. Ni qué decir tiene que es el horizonte deseado¹⁵⁵³, pero consideramos que aventurarse a afirmar que

¹⁵⁴⁹ ABRISKETA URIARTE, Joana, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁵⁰ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-2011, § 40; BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Algunas reflexiones al hilo del caso de Omar al Bashir” en F. Javier Quel López, M^a Dolores Bollo Arocena (Eds.), *Intereses públicos, intereses privados, su defensa y colisión en el Derecho Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 123.

¹⁵⁵¹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-2011, § 42: “The Chamber considers that the international community's commitment to rejecting immunity in circumstances where international courts seek arrest for international crimes has reached a critical mass. If it ever was appropriate to say so, it is certainly no longer appropriate to say that customary international law immunity applies in the present context.”

¹⁵⁵² KRESS, Claus, “The International Criminal Court and Immunities...*op. cit.*”, p. 243.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. 263. Como explica Kress, confirmar la existencia de dicha excepción ante la comisión de crímenes internacionales permitiría a la CPI enjuiciar a cualquier Jefe de Estado en ejercicio sin la necesaria intervención del CS y de algún modo, esto la despolitizaría porque no dependería del órgano político para asegurar el enjuiciamiento de altos cargos en el poder, especialmente de Jefes de Estado.

se ha superado este obstáculo consuetudinario de las inmunidades personales ante la violación de normas *ius cogens* porque ya existe una práctica estatal y *opinio iuris* sólidos que permitiría a los Estados no aplicar el régimen de inmunidades cuando cooperan con la CPI en el arresto y entrega de jefes de Estado de un Estado no parte, sería hacer una lectura que no se corresponde con la realidad¹⁵⁵⁴.

Escenario completamente diferente se plantea si se parte de la consideración de que el caso *Al Bashir* tiene su origen en la remisión del CS bajo el Capítulo VII de la Carta, cuestión que la CPI no analizó adecuadamente durante los primeros años y que a nuestro modo de ver, puede alterar el *statu quo* en materia de inmunidad personal ante la obligación de cooperación de los Estados. Así, consideramos que si Malawi y Chad, o cualquier Estado parte en cuyo territorio se encuentre Al Bashir, tenían y siguen teniendo la obligación de cooperar con la CPI, esta obligación no deriva de la existencia de una excepción consuetudinaria a la inmunidad *ratione personae*, sino, en todo caso, del marco jurídico que habilitó la Resolución 1593 del CS para dotar de competencia a la CPI y así permitir que los Estados parte puedan arrestar y entregar al presidente sudanés sin violar el Derecho Internacional consuetudinario.

2.4. La obligación de cooperación ante la intervención del Consejo de Seguridad al amparo del Capítulo VII y las lecturas de la Resolución 1593

Precisamente a la luz de las críticas recibidas ante este precedente tan poco convincente y confuso generado por las decisiones señaladas¹⁵⁵⁵, la CPI cambió de postura en relación a la

¹⁵⁵⁴ Lo cierto es que, además del argumento sobre la excepción consuetudinaria, la SCP I debió de haber insistido en las medidas de eficacia necesitadas por la CPI y el ER en el sentido de que hacer efectivo el art. 27 del ER implica la adopción de medidas de arresto a nivel nacional, cuestión completamente obviada por los jueces. En este sentido véase ABRISKETA URIARTE, Joana, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁵⁵ CRYER, Robert, “The ICC and its Relationship to Non-State Parties” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 270; PEDRETTI, Ramona, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2015, p. 299; NOUWEN, Sarah, “New journal; new blog; new reading: The ICC’s Arrest Warrants for Incumbent Presidents”, en *Cambridge International Law Journal*, publicado el 12-12-11. Disponible en: <http://cjlcl.org.uk/2011/12/12/new-journal-new-blog-new-reading-the-iccs-arrest-warrants-for-incumbent-presidents-2/> (última visita 18-05-17); TLADI, Dire, “The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities and Article 98” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n° 1, 2013, 221; AKANDE, Dapo, “ICC issues detailed decision... *op. cit.*, ver nota 1526; FOAKES, Joanne, *The position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 202.

falta de cooperación de la RDC en 2014 tras la visita de Al Bashir a este Estado parte¹⁵⁵⁶, enfoque que ha mantenido desde entonces en las subsiguientes decisiones sobre el incumplimiento de cooperación de Yibuti y Uganda¹⁵⁵⁷. Esta vez, los jueces encargados de dirimir el incumplimiento de cooperación de la RDC eran diferentes a los que tres años antes emitieron las decisiones sobre Malawi y Chad y optaron por explorar una vía diferente. Dando respuesta a lo que se venía esperando desde aquellas decisiones, afirmaron que el art. 27(2) del ER vincula únicamente a los Estados parte, y que por tanto, sólo retira la inmunidad de sus respectivos jefes de Estado, alejándose así de la tesis anterior aunque sin hacer mención a ella¹⁵⁵⁸:

“(…) Given that the Statute is a multilateral treaty governed by the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties, the Statute cannot impose obligations on third States without their consent. Thus, the exception to the exercise of the Court’s jurisdiction provided in article 27(2) of the Statute should, in principle, be confined to those States Parties who have accepted it.”¹⁵⁵⁹

La RDC había alegado que la solicitud de cooperación de la CPI para el arresto y entrega de Al Bashir le colocaba en una situación delicada, pues le requería actuar de forma contraria a las obligaciones internacionales contraídas con la Unión Africana que le impedían arrestar y entregar a Al Bashir¹⁵⁶⁰. En esta ocasión, los jueces admitieron la controversia que puede derivarse respecto al art. 98(1) del ER cuando la CPI pretende juzgar al jefe de Estado en ejercicio de un Estado no parte, ya que esta disposición le obliga a obtener previamente la cooperación de este tercer Estado con el fin de que retire las inmunidades personales de su

¹⁵⁵⁶ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, PTC II, 09-04-14.

¹⁵⁵⁷ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute”, PTC II, 11-07-16; *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute”, PTC II, 11-07-16.

¹⁵⁵⁸ El hecho de que los jueces no explicaran este cambio de opinión ha sido objeto de crítica por autoridades relevantes como Gaeta, quien considera que, aun no estando obligada por sus propias decisiones previas, debido a la relevancia del asunto, la CPI debería haber aclarado la razón que sustentaba este nuevo enfoque. Véase GAETA, Paola, “The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again” en *Opinio Juris blog*, publicado el 23-04-2014. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2014/04/23/guest-post-icc-changes-mind-immunity-arrest-president-al-bashir-wrong/> (última visita 18-05-17).

¹⁵⁵⁹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court, PTC II, 09-04-14, § 26.

¹⁵⁶⁰ Véase la Sesión Extraordinaria de la Asamblea de la UA, del 12 de octubre de 2013 en Addis Abeba, Decisiones y Declaraciones, § 10(i): “That to safeguard the constitutional order, stability and, integrity of Member States, no charges shall be commenced or continued before any International Court or Tribunal against any serving AU Head of State or Government or anybody acting or entitled to act in such capacity during their term of office”.

presidente antes de poder solicitar la cooperación de los Estados parte para su arresto y entrega¹⁵⁶¹. No obstante, la sala entendió que como las inmunidades personales eran un obstáculo al enjuiciamiento ante la Corte, la *cooperación plena* exigida a Sudán en el segundo apartado de la Res. 1593 del CS eliminaba cualquier impedimento al ejercicio de su competencia, incluidas sus inmunidades personales como jefe de Estado en ejercicio. De esta manera, concluyó que la RDC no podía apoyarse en el art. 98(1) del ER porque la retirada previa de la inmunidad por parte del tercer Estado que exige esta disposición ya se había hecho mediante la resolución de remisión. En opinión de los jueces, al no arrestar y entregar a Al Bashir cuando éste estaba en su territorio, este Estado no violaba el Derecho Internacional de las inmunidades, sino su obligación de cooperar con la CPI en virtud del ER¹⁵⁶². Compartimos que efectivamente, los Estados parte violan sus obligaciones con arreglo al tratado por no cooperar con la CPI y que esta cuestión tan grave perjudica el mandato de la CPI. Sin embargo, al mismo tiempo el razonamiento ofrecido en esta ocasión respecto a la inmunidad tampoco deja de ser controvertido.

Algunos juristas ya preveían un enfoque similar, aunque a nuestro modo de ver esgrimiendo una explicación más elaborada y convincente que la ofrecida por los jueces en este caso. Según Akande, cuando el CS remite una situación a la CPI que involucra a un Estado no parte— que como muestran la práctica y la lógica del uso de este sistema de activación de la CPI, es precisamente el principal escenario para el que fue diseñado el art. 13(b) del ER—, además de dotarla de una jurisdicción que de otra manera no tendría, el tercer Estado en cuestión queda sometido al ER como si de un Estado parte se tratara. Así, entiende que aunque Sudán mantiene su estatus de Estado no parte, a través de la resolución emitida al amparo del Capítulo VII se le aplica todo el marco del ER, lo que incluye el art. 27(2), y por tanto, se anula cualquier inmunidad ante los Estados parte que pueda obstaculizar la ejecución de su arresto y entrega¹⁵⁶³. La SCP II no obstante, ante la falta de cooperación de la RDC, se limitó a afirmar que este país no podía apoyarse en el art. 98(1) porque el CS había retirado las inmunidades de Al Bashir, en lugar de explicar de manera más razonada que, tras la resolución del CS, la CPI debe aplicar el ER en su conjunto a la situación remitida, lo que incluiría la aplicación del art. 27(2) del mismo, y por ende, se invalidarían las inmunidades de

¹⁵⁶¹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, PTC II, 09-04-14, § 27.

¹⁵⁶² *Ibid.*, § 29.

¹⁵⁶³ AKANDE, Dapo, “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n° 2, 2009, pp. 333-352.

Al Bashir, quedando éste en la misma posición que cualquiera de los jefes de Estado de un Estado parte. Así pues, bajo este razonamiento desaparecería la inmunidad horizontal entre Sudán y los Estados parte y los obstáculos procesales recogidos en el art. 98(1) del ER para cumplir con la solicitud de arresto y entrega.

Sin embargo, un sector de la doctrina mantiene que aunque el origen de la orden de arresto se sitúe en la resolución del CS, lo único que este instrumento hace es dotar a la CPI de competencia, sin invalidar por ello la inmunidad de Al Bashir frente a los Estados parte que deben arrestarlo y entregarlo, puesto que el art. 98(1) obliga a ésta a obtener previamente la cooperación de Sudán para la retirada de la inmunidad de aquél. Entienden que esta disposición del tratado versa sobre el deber del tribunal de no situar a los Estados parte en una situación que les obligue a violar normas de Derecho Internacional con respecto a terceros, haciendo necesario que la CPI obtenga previamente la cooperación de ese tercer Estado, en este caso Sudán, para la retirada del obstáculo procesal que supondría la inmunidad personal de Al Bashir respecto a su arresto y entrega por las jurisdicciones nacionales extranjeras¹⁵⁶⁴. Asimismo, señalan que la obligación de *cooperación plena* recogida en la Res. 1593 no invalida dicha inmunidad del presidente sudanés, sino que obliga a Sudán a retirarla, sin alterar por tanto el régimen de cooperación judicial entre la CPI y los Estados parte. En este sentido Gaeta señala lo siguiente,

“The Court is an international organization, created by a treaty and exercising, as all international organizations, the powers and competences attributed to it by its member States. The obligations set forth by the Security Council upon a UN member State with a binding decision under Chapter VII of the UN Charter cannot affect the rights and powers of another international organization, in this case the ICC, as they are regulated in the respective constitutive instrument of such other international organization. The decision of the Security Council on the obligation of Sudan to cooperate cannot relieve the Court from the necessity to implement a requirement for the correct exercise of a power as it is the case of Article 98 (1) of the Rome Statute. The Court has not obtained the cooperation of Sudan for the waiver of immunity of Al Bashir, as Article 98 (1) provides.”¹⁵⁶⁵

Así, quienes defienden esta postura subrayan la importancia de distinguir debidamente el poder de un tribunal internacional para ejercer su competencia sobre un individuo de un lado, y los poderes y obligaciones de los Estados cuando se les solicita emprender acciones coercitivas contra individuos protegidos por inmunidades personales de otro, cuestiones que,

¹⁵⁶⁴ GAETA, Paola, “The ICC Changes Its Mind on the Immunity... *op. cit.*, ver nota 1558.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*

como se ha adelantado, regulan los arts. 27 y 98 del ER respectivamente¹⁵⁶⁶. No cabe duda de que es una lectura doctrinal elaborada y no poco convincente, pues es cierto que a pesar de que la CPI indudablemente pueda emitir una orden de arresto contra Al Bashir en virtud de la Res. 1593 que activaba su competencia, no puede obviarse el papel de sus inmunidades personales ante las jurisdicciones nacionales extranjeras¹⁵⁶⁷, y por lo tanto, su complejidad en relación al deber de cooperación de los Estados parte con la CPI. En este sentido, conviene recordar que la CPI necesita de la cooperación de los Estados parte para obtener la custodia de los acusados con el fin de ejercer su competencia, y respecto a la inmunidad personal de los altos cargos en ejercicio de terceros Estados, actualmente se cuestiona que su arresto y entrega a nivel nacional esté avalado por el Derecho Internacional, puesto que cabe preguntarse si la Res. 1593 del CS puede ir más allá de dotar a la CPI de competencia anulando las inmunidades de Sudán frente a otros Estados. En otras palabras, se debate si el hecho de que la Res. 1593 dote de competencia a la CPI para investigar los crímenes cometidos en Sudán que ésta estime oportunos implica que los Estados parte puedan desatender el Derecho Internacional consuetudinario de las inmunidades *ratione personae* de Al Bashir. Podría entenderse que esto sería llevar demasiado lejos el poder de remisión del CS.

Lo cierto es que en esta segunda ocasión los jueces continúan pasando por alto que el art. 98(1) del ER no afecta en sentido estricto a la inoponibilidad de la inmunidad frente a la jurisdicción de la CPI sino a la oponibilidad de dicha inmunidad frente a las medidas que deben ser adoptadas en el plano nacional para cumplir con la obligación de cooperar con el tribunal¹⁵⁶⁸. En este sentido, si bien a la luz de esta última decisión respecto a la falta de cooperación de la RDC queda descartada la existencia de una excepción consuetudinaria que retira las inmunidades de los jefes de Estado en ejercicio ante los tribunales nacionales cuando éstos actúan en respuesta a la solicitud de cooperación de la CPI, esta segunda vía interpretativa tampoco resulta muy convincente. En efecto, la tesis defendida por la SCP II según la cual el CS puede revocar las inmunidades de jefes de Estado ajenos al ER como Al Bashir implica dotar de gran poder a este órgano respecto a la CPI y una de las críticas

¹⁵⁶⁶ GEVERS, Christopher, “Immunity and the implementation legislation in South Africa, Kenya and Uganda” en Kai Ambos, Otilia A. Maunganidze (Eds.), *Power and prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2012, p. 99.

¹⁵⁶⁷ Debe recordarse que la CDI afirmó en su último informe publicado en junio de 2016 que por ahora la inmunidad *ratione personae* ante tribunales extranjeros no admite excepción.

¹⁵⁶⁸ CDI, A/CN.4/701, 68º período de sesiones, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 14 de junio de 2016, § 164.

principales que se le hacen a esta lectura es que supone llevar la letra de la resolución demasiado lejos, puesto que ésta ni siquiera hace mención al derecho consuetudinario de las inmunidades. Se trata por lo tanto de determinar cómo puede justificarse la inaplicación de la inmunidad de Al Bashir en virtud de la Resolución 1593 del CS ante los Estados parte y su obligación de cooperar con la CPI, considerando que el texto nada menciona al respecto.

2.4.1. La retirada implícita de la inmunidad mediante la Resolución 1593

Ante la falta de cooperación de la RDC y los argumentos esgrimidos por este Estado, en relación al segundo apartado de la Res. 1593 la SCP II no sólo manifestó que el CS había retirado la inmunidad de Al Bashir, sino que esto lo hizo de manera implícita:

“Since immunities attached to Omar Al Bashir are a procedural bar from prosecution before the Court, the cooperation envisaged in said resolution was meant to eliminate any impediment to the proceedings before the Court, including the lifting of immunities. Any other interpretation would render the SC decision requiring that Sudan ‘cooperate fully’ and ‘provide any necessary assistance to the Court’ senseless (...). By virtue of the said paragraph, the SC implicitly waived the immunities granted to Omar Al Bashir under international law and attached to his position as a Head of State. Consistently, there exists no impediment at the horizontal level between the DRC and Sudan as regards the execution of the 2009 and 2010 Requests”¹⁵⁶⁹.

La crítica principal vertida a esta interpretación, que ha llegado a tildarse de ficción¹⁵⁷⁰, es que no hay un lenguaje expreso en la resolución que sugiera la retirada de la inmunidad de los oficiales de alto rango¹⁵⁷¹ y que de ser esa la intención del CS, éste debería de haberlo señalado expresamente en el texto¹⁵⁷². Al hilo de esta construcción judicial, Pedretti considera que los jueces confunden la naturaleza de las remisiones del CS y entiende que al actuar bajo el Capítulo VII de la Carta, el CS no remite a la CPI casos en los que la inmunidad pudiera suponer un obstáculo, sino que en virtud del art. 13(b) del ER el efecto de la remisión no es otro que el de dotar al tribunal de competencia sobre una situación determinada (sobre la que

¹⁵⁶⁹ ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, PTC II, 09-04-14, § 29.

¹⁵⁷⁰ TLADI, Dire, “The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, n° 5, 2015, p. 1043.

¹⁵⁷¹ PEDRETTI, Ramona, *Immunity of Heads of State...op. cit.*, p. 287; SLUITER, Göran, “Obtaining cooperation from Sudan” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n° 5, 2008, pp. 877-878; JACOBS, Dov, “The frog that wanted to be an ox. The ICC’s approach to immunities and cooperation” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court... op. cit.*, p. 295.

¹⁵⁷² TLADI, Dire, “The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, n° 5, 2015, p. 1043; GAETA, Paola, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *op. cit.*, p. 330.

no sería competente en ausencia de esa remisión) y sobre la que posteriormente la propia CPI seleccionará los casos pertinentes. Por este motivo, estima que no es plausible afirmar una retirada de la inmunidad en ausencia de una base textual que lo prevea en la resolución¹⁵⁷³ y en este sentido, cuestiona que los términos ‘cooperar plenamente’ establecidos en la Res. 1593 puedan ser la base jurídica para asumir la retirada o invalidación de la inmunidad de Sudán amparada por el Derecho Internacional consuetudinario.

Próxima a esta línea, Gaeta, quien defiende la naturaleza consuetudinaria del art. 27 del ER, considera que la resolución sólo activa la competencia de la CPI, debiendo ésta respetar las inmunidades de Al Bashir ante las jurisdicciones nacionales. Así, entiende que los Estados parte únicamente podrían actuar conforme al art. 98(1) si el CS avalase las solicitudes de cooperación de la CPI. En ausencia de una mención expresa a la inmunidad en la resolución, estima que es el Estado sudanés quien debe retirarla en respuesta a su obligación de ‘cooperar plenamente’ con la CPI. Por lo tanto, defiende que, si bien el art. 27 del ER refleja la excepción a la norma consuetudinaria de inmunidad personal ante un tribunal internacional como es la CPI, esta inmunidad persiste anivel horizontal, esto es, ante los Estados. En consecuencia, considera que mientras Sudán no ejecute esta obligación de retirarle la inmunidad a Al Bashir y éste siga en el cargo, su inmunidad personal persiste e impide a los Estados parte su arresto y entrega, pues éstos actuarían en violación del Derecho Internacional en caso de hacerlo¹⁵⁷⁴.

Se acepte o no esta interpretación doctrinal, lo que no debe perderse de vista es que la Res. 1593 fue adoptada en el marco del Capítulo VII, por lo que su cumplimiento es obligatorio para todos los Estados de Naciones Unidas, lo que incluye a Sudán, precisamente el Estado a quien se dirige expresamente y quien tiene la obligación inexcusable de entregar a Al Bashir a la CPI en respuesta a su deber de cooperación plena. En este sentido, cabe discutir si la RDC o cualquier otro Estado parte puede alegar válidamente en su defensa la existencia de otros instrumentos internacionales como resoluciones de la Unión Africana que precisamente le obligan a no cooperar con la CPI cuando el propio CS impone a Sudán esta obligación, ya que en virtud del art. 103 de la Carta, ante un conflicto entre una obligación derivada de la Carta y

¹⁵⁷³ PEDRETTI, Ramona, *Immunity of Heads of State...op. cit.*, p. 287.

¹⁵⁷⁴ GAETA, Paola, “The ICC Changes Its Mind on the Immunity... *op. cit.*”, ver nota 1558.

una obligación convencional, es la primera la que prevalece¹⁵⁷⁵. No obstante, si defendemos que la obligación de cooperar plenamente con la CPI se dirige exclusivamente a Sudán, no queda claro que dicha obligación afecte al régimen de inmunidad de Sudán ante otros Estados, de manera que en ese escenario cabría entender que los Estados parte en el ER aún se verían ante una colisión de obligaciones, de un lado, con respecto al cumplimiento de cooperación con la CPI al que están sujetos en virtud del ER con independencia de la Res. 1593, y de otro, con respecto a las obligaciones suscritas ante la Unión Africana en apoyo a la vigencia de la inmunidad¹⁵⁷⁶.

Ciertamente, el art. 103 de la Carta se refiere a tratados y no a obligaciones derivadas del derecho consuetudinario como es la inmunidad de jefes de Estado en ejercicio, por lo que podría cuestionarse la posibilidad de que el CS limite la costumbre internacional. En este sentido, algunas voces consideran que los Estados vienen admitiendo en la práctica que el CS pueda obligarles a desviarse de este derecho. De Wet, por ejemplo, considera que el CS no tiene por qué estipular toda divergencia del Derecho Internacional de forma explícita en el texto de la resolución, pues en su opinión la práctica establecida del CS respalda la postura contraria: “[I]nstead of explaining the extent to which states must deviate from international law under a Security Council resolution, resolutions under Chapter VII indicate what states may not do when deviating from international law in accordance with the resolution”¹⁵⁷⁷. En una línea similar pero quizás más precisa, Bollo Arocena esgrime que “[L]a duda está en determinar si el CS debe establecer de manera clara y taxativa todas y cada una de las

¹⁵⁷⁵ Art 103 de la Carta de Naciones Unidas:

“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.” Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión véase JACOBS, Dov, “The frog that wanted to be an ox. The ICC’s approach to immunities and cooperation” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court... op. cit.*, pp. 299-301.

¹⁵⁷⁶ AKANDE, Dapo, “South African Withdrawal from the International Criminal Court – Does the ICC Statute Lead to Violations of Other International Obligations?” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 22-10-16. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/south-african-withdrawal-from-the-international-criminal-court/> (última visita 18-05-17). El autor señala que “Problems only arise where a Treaty was concluded *after* the Rome Statute which accords immunity from arrest. (As I argue in this 2003 article here) there would be nothing in international law to suggest that the Rome Statute obligations prevails, as between the two states, over the other treaty. In such a case, the state would have conflicting obligations each of which would remain valid and for breach of which it would bear responsibility. However, in such a case, it would be South Africa that has put itself in the position of undertaking obligations that are inconsistent with its Rome Statute obligations.”

¹⁵⁷⁷ DE WET, Erika, “The implications of President Al-Bashir’s visit to South Africa for International and Domestic Law” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, n° 5, 2015, pp. 1060.1061. Esta autora expone el ejemplo de la Res. 1846 (2008) o la Res. 2184 (2013) sobre la piratería en las costas de Somalia adoptadas bajo el Cap. VII de la Carta, algo que diverge tanto de normas convencionales como consuetudinarias relativas al derecho del mar (véase nota al pie 65).

obligaciones que pretende imponer—algo que se nos antoja ciertamente difícil dado el sinfín de obligaciones que derivan del tratado—o si, como creemos, la exigencia de ‘cooperar plenamente’ con la CPI, según la fórmula utilizada en los dos casos existentes hasta el momento, conlleva implícitamente el sometimiento del Estado destinatario de la obligación de cooperar a todas y cada una de las disposiciones del Estatuto, como si de un Estado parte se tratara”¹⁵⁷⁸.

Asimismo, la naturaleza constitutiva de las potestades del Capítulo VII de la Carta implica que el CS puede desviarse de obligaciones internacionales o derechos amparados en el Derecho Internacional consuetudinario o convencional y en este sentido, Weiss señala que “[T]he notion of enforcement inherently implies the authority of derogation from international law, in particular to infringe on the sovereign rights of the target states (the states where the threat or breach of peace occurs) or to impact on the rights and duties of the UN Member States as long as the Security Council acts for the maintenance and restoration of international peace and security as required by Article 39 UN Charter”¹⁵⁷⁹.

Ahora bien, a pesar de afirmar que el CS puede desviarse del Derecho Internacional consuetudinario en aplicación del Capítulo VII, que ésta fuera su intención a través de la Res. 1503 es una cuestión distinta. Al no existir ninguna norma internacional que obligue al CS a detallar una obligación a este respecto, podría no resultar tan desmesurada la interpretación de la CPI. Al mismo tiempo, podría afirmarse que cualquier articulación detallada de la retirada de la inmunidad en la resolución sería inapropiada puesto que, valga subrayarlo, ésta remite una situación y no atañe al caso *Al Bashir* en concreto, por no decir que el hecho de haber apuntado concretamente al presidente sudanés o a cargos estatales en la resolución podría haberse entendido como un ataque a la independencia judicial de la CPI¹⁵⁸⁰. De hecho, pasaron cuatro años desde la remisión hasta la emisión de la primera orden de arresto, por lo que no carece de toda lógica entender que la resolución contiene una suerte de obligación general concerniente a la cooperación mediante la cual se le exige a Sudán hacer todo lo

¹⁵⁷⁸ BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Algunas reflexiones... *op. cit.*, p. 105.

¹⁵⁷⁹ WEISS, Wolfgang, “Security Council Powers and the Exigencies of Justice after War” en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 12, 2008, pp. 52-53.

¹⁵⁸⁰ Como explica Ventura, el CS no podía tener conocimiento del caso contra Al Bashir, pero en cambio sí tenía pruebas sobre la posible responsabilidad de oficiales del gobierno en base al Informe presentado por la Comisión Internacional de Investigación para Darfur (§ 644). Véase VENTURA, Manuel J., “Escape from Johannesburg? Sudanese President Al-Bashir Visits South Africa, and the Implicit Removal of Head of State Immunity by the UN Security Council in light of *Al-Jedda*” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, n° 5, p.1020.

necesario para facilitar las investigaciones que surjan de esa situación, aunque ello implique la retirada de la inmunidad o de cualquier otro obstáculo legal¹⁵⁸¹. Sin embargo no es lo mismo entender que la resolución trae aparejada esa obligación, cuya ejecución en tal caso dependería del Estado afectado, que asumir que ésta retira válidamente todos los obstáculos posibles ante la CPI, incluida la inmunidad del jefe de Estado.

2.4.2. La aplicación del Estatuto de Roma a Sudán a través de la Resolución 1593

No cabe duda de que defender que el órgano político de Naciones Unidas pueda invalidar una norma concreta, bien establecida y universalmente reconocida en el Derecho Internacional consuetudinario como es la inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio a través de un lenguaje impreciso, nos obliga a reflexionar sobre el marco y los límites dentro de los cuales puede actuar el CS. Después de todo, si aceptáramos esta práctica, y considerando el amplio espectro de poderes de los que goza bajo el Capítulo VII, esto podría dar comienzo a la alteración o desplazamiento de otras normas de Derecho Internacional como resultado de resoluciones vagas o confusas, cuyas consecuencias no serían en absoluto deseables¹⁵⁸². Sin embargo, también consideramos que es poco realista esperar que el CS detalle, de forma explícita y con antelación, todas las medidas en el texto de la resolución y que aborde complejidades y cuestiones legales —tales como la inmunidad—, que pudieran surgir de una remisión a una institución judicial internacional independiente como es la CPI.

Al hilo de esta cuestión, resulta interesante el razonamiento de Pedretti cuando apunta que si la retirada de la inmunidad de Al Bashir quisiera deducirse del texto de la resolución en ausencia de una manifestación expresa por parte del CS, la inmunidad afectada únicamente podría ser la prevista en sede nacional, esto es, la propia inmunidad de Sudán ante la CPI. En virtud de esta lectura, esta ausencia de inmunidad vertical entre el Estado y el tribunal no podría interpretarse como una base sólida para ignorar la inmunidad que a nivel horizontal mantendría Sudán respecto a los Estados parte con respecto a su arresto. La SCP II parece

¹⁵⁸¹ DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 1062.

¹⁵⁸² Como observa Bollo Arocena, esto implica el riesgo de permitir al CS ejercer algunos poderes que podrían considerarse fuera de su mandato, aunque esto nos lleve, como ella expresa, al eterno y controvertido debate del control de legalidad sobre las resoluciones del CS. Véase BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pp. 105-109.

equiparar por lo tanto la obligación de ‘cooperar plenamente’ recogida en el texto de la resolución y dirigida a Sudán con la noción de cooperación recogida en el art. 98(1) del ER, algo erróneo si recordamos que en virtud de esta disposición la inmunidad a nivel interestatal sólo puede ignorarse si la CPI ha obtenido previamente la cooperación del tercer Estado, Sudán en este caso, para la retirada de la inmunidad de su presidente¹⁵⁸³.

Debido a estas cuestiones, compartimos la opinión de Ventura y Pedretti cuando señalan que la mencionada interpretación de Akande sobre la Res. 1593—defendiendo que este instrumento le hace aplicable a Sudán todo el ER como si de un Estado parte se tratara— es más lógica y matizada que la expuesta por los jueces¹⁵⁸⁴. A nuestro modo de ver, aunque no pueda tratarse como la única lectura posible y correcta, resulta más sencillo y plausible justificar la ausencia de inmunidad de Al Bashir ante los Estados parte si consideramos que la Res. 1593 dotaba de competencia a la CPI para que ésta pudiera, en última instancia y en aplicación del ER, dar curso a los casos que considere oportunos. De esta manera, al exigir a Sudán la ‘cooperación plena’ con la CPI en la resolución de remisión, el CS sometió a este país al ER, un régimen que invalida las inmunidades y que le impone las mismas obligaciones que a un Estado parte. Por lo tanto, mientras que la obligación de Sudán de cooperar con la CPI tiene su origen en una decisión del CS emitida bajo el Capítulo VII en la que se le solicita una cooperación plena, el contenido de esa obligación se regula por el ER¹⁵⁸⁵. Al serle aplicable el art. 27(2) del ER, su jefe de Estado pierde su inmunidad personal no sólo ante el propio tribunal sino ante los Estados parte, eliminando cualquier obstáculo a su arresto y entrega.

Puede que en el caso de haber elaborado esta interpretación sobre la resolución del CS la CPI hubiera evitado muchas críticas sobre una cuestión tan compleja de por sí como es la excepción al derecho consuetudinario de las inmunidades personales, al tiempo que habría escapado de argumentos tan peliagudos y poco convincentes como el de la retirada implícita de la inmunidad por parte del CS. Además, frente la falta de cooperación de los Estados parte, este razonamiento habría sido más persuasivo, puesto que alegar que en virtud del Capítulo VII a Sudán se le aplica el ER como si de un Estado parte se tratara, supone asumir la retirada

¹⁵⁸³ PEDRETTI, Ramona, *Immunity of Heads of State op. cit.*, pp. 291-292.

¹⁵⁸⁴ VENTURA, Manuel J., “Escape from Johannesburg? Sudanese President Al-Bashir Visits South Africa, and the Implicit Removal... *op. cit.*, p. 1020; PEDRETTI, Ramona, *op. cit.*, p. 288.

¹⁵⁸⁵ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 560.

de su inmunidad a tenor de lo dispuesto en el art. 27(2) y por ende la inaplicación del art. 98(1) del ER para con los Estados parte.

De hecho, la Fiscalía se expresó en términos similares a lo que venimos exponiendo en el ‘Informe sobre la selección y priorización de casos’, señalando que “[T]he entire legal framework of the Statute is applicable to situations referred by the UNSC, including its complementarity and cooperation regimes”¹⁵⁸⁶, quizás con el objeto de ‘corregir’ o ‘enmendar’ las diferentes interpretaciones judiciales y ofrecer una explicación más sencilla que parece ajustarse mejor a la última lectura que hemos señalado. No obstante, el hecho de que CS no se haya pronunciado al respecto en los últimos doce años no evita que el debate continúe, por lo que la cuestión está lejos de resolverse. El escenario ideal sería que emitiera una resolución en la que expresamente declarase que respecto a la situación de Sudán remitida en 2005 no hay inmunidades aplicables, es decir, que no hay obstáculos procesales ni a nivel internacional ni nacional para que tanto la CPI como los Estados parte puedan ejercer sus competencias y cumplir con sus obligaciones de cooperación, o bien una resolución en la que exigiera el cumplimiento de las ordenes de arresto y entrega en todos los casos derivados de la resolución inicial.

Por desgracia, como tendremos ocasión de abordar en la sección correspondiente, a pesar de las decisiones e informes presentados por la Fiscalía ante el CS en relación a la falta de cooperación tanto de Sudán como de los Estados parte que no han arrestado a Al Bashir mientras éste se encontraba en sus territorios¹⁵⁸⁷, el CS sólo ha respondido con silencio. Esta falta de acción e interés por el caso *Al Bashir* en el seno del CS no hace sino perpetuar la controversia del estatus de la inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado en ejercicio de terceros Estados cuando la CPI solicita su detención en el contexto de una remisión elaborada al amparo del Capítulo VII, además de minar la legitimidad de la CPI y su capacidad de acción ante este tipo de remisiones. En cualquier caso, consideramos que ante esta controversia los Estados parte pueden plantear la cuestión a la CPI, pero no pueden incumplir los compromisos y obligaciones asumidos mediante la ratificación del ER si el

¹⁵⁸⁶ ICC-OTP, *Policy paper on case selection and prioritization*, 15-09-16, § 28.

¹⁵⁸⁷ Véase en el siguiente enlace la relación de informes presentados por la Fiscalía al CS sobre el incumplimiento de la obligación de cooperación: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/non-cooperation/Pages/default.aspx (última visita 18-05-17).

tribunal insiste en las solicitudes, aun cuando haya un desacuerdo irreconciliable¹⁵⁸⁸. Dado que en virtud del art. 119(1) del ER corresponde a la CPI dirimir las disputas relativas a sus funciones judiciales, a pesar de las diferentes posturas y tensiones que surjan en materia de cooperación estatal, los Estados parte tienen la obligación de cooperar en el enjuiciamiento efectivo de Al Bashir mediante su arresto y entrega¹⁵⁸⁹.

Sección 3ª. La primera jurisprudencia estatal sobre la obligación de cooperar en el arresto y entrega de un jefe de Estado en ejercicio

A pesar de la inexistente aportación del CS al esclarecimiento del alcance de la inmunidad en materia de cooperación con la CPI, la primera jurisprudencia estatal sobre este asunto ya se ha hecho oír de la mano del poder judicial sudafricano. En mayo de 2015 la Secretaría de la CPI recordó a este Estado parte su obligación de arrestar a Al Bashir y de consultar con ella sin demora cualquier dificultad que le pudiera impedir ejecutar la solicitud de orden y arresto. El 12 de junio de 2015, tras solicitar Sudáfrica una consulta con arreglo al art. 97 del ER¹⁵⁹⁰, su embajada se reunió con diferentes órganos de la CPI. En este encuentro el Estado parte alegó la falta de claridad legal con respecto a la aplicación del art. 98 del ER a las circunstancias del caso y que las obligaciones contrapuestas a las que este territorio se encontraba sujeto requerían una interpretación flexible del derecho. Ante estas alegaciones, tanto la Fiscalía como la Presidencia de la CPI confirmaron que no había ambigüedad alguna sobre la obligación de Sudáfrica de arrestar y entregar a Al Bashir conforme al ER, rechazando así cualquier impedimento legal a esta obligación y negando la falta de claridad

¹⁵⁸⁸ CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan *et al.*, *op. cit.*, p. 521.

¹⁵⁸⁹ SLUITER, Göran, “There is a duty to cooperate for States in the arrest and surrender of Al Bashir, under the *Genocide Convention* and/or the *ICC Statute* and/or *UN Security Council Resolution 1593*. There is no convincing legal ground until this day justifying instances of non-cooperation in the arrest and surrender of Al Bashir” publicado en *Expert Comment on Darfur Question, ICC Forum*. Acceso al documento en: <http://iccforum.com/darfur#Sluiter> (última visita 18-05-17).

¹⁵⁹⁰ Art 97 del ER:

“El Estado Parte que reciba una solicitud de conformidad con la presente parte celebrará sin dilación consultas con la Corte si considera que la solicitud le plantea problemas que puedan obstaculizar o impedir su cumplimiento. Esos problemas podrían ser, entre otros:

- a) Que la información fuese insuficiente para cumplir la solicitud;
- b) Que, en el caso de una solicitud de entrega, la persona no pudiera ser localizada, pese a los intentos realizados, o que en la investigación realizada se hubiere determinado claramente que la persona en el Estado requerido no es la indicada en la solicitud; o
- c) Que el cumplimiento de la solicitud en su forma actual obligare al Estado requerido a no cumplir una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado.”

jurídica al respecto. Al día siguiente de este encuentro la Fiscalía tuvo conocimiento de la llegada de Al Bashir a territorio sudafricano para asistir a una cumbre de la UA, por lo que solicitó a la Presidencia de la SCP II que emitiera una decisión pública en la que confirmara la obligación de Sudáfrica de arrestarlo y entregarlo, recordando lo dispuesto en la decisión sobre la falta de cooperación de la RDC de 2014¹⁵⁹¹.

Sin embargo, a pesar de la solicitud, Al Bashir no fue detenido por las autoridades sudafricanas y este escenario dio lugar al procedimiento judicial en sede nacional contra la actuación de las mismas, desembocando en la sentencia del Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica que declaró por unanimidad que la conducta del Gobierno sudafricano fue contraria a sus obligaciones de cooperación con la CPI y contraria a la normativa estatal, y por tanto ilícita¹⁵⁹², confirmando así lo que el Tribunal Superior de Pretoria había concluido en primera instancia. Estas decisiones, y concretamente la más reciente, son aportaciones clave a esta cuestión de actualidad, pues se trata de la primera vez que los tribunales de un Estado parte en el ER se enfrentan a la interpretación y debate internos sobre el deber de cooperación con la CPI en materia de arresto y entrega de un jefe de Estado en ejercicio de un tercer Estado. Además, si la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo fuera confirmada en última instancia por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, como bien señala Akande se trataría del primer Estado que reivindica la autoridad para enjuiciar a jefes de Estado en el cargo por crímenes internacionales¹⁵⁹³. No obstante, una de las características destacables de este caso es precisamente la desavenencia entre el poder judicial y el ejecutivo en relación a la inmunidad de Al Bashir, un enfrentamiento que por desgracia no ha tenido el final deseado.

¹⁵⁹¹ ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Prosecution’s urgent request for an order clarifying whether Article 97 consultations with South Africa have concluded and that South Africa is under an obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir”, PTC II, 13-06-15, §§ 10-17.

¹⁵⁹² Supreme Court of Appeal of South Africa, *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre* (867/15) ZASCA (15 March 2016)

¹⁵⁹³ AKANDE, Dapo, “The Bashir Case: Has the South African Supreme Court Abolished Immunity for all Heads of States?” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 29-03-16. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/the-bashir-case-has-the-south-african-supreme-court-abolished-immunity-for-all-heads-of-states/> (última visita 18-05-17).

3.1. Las inmunidades consuetudinarias en el derecho nacional sudafricano

El presidente Al Bashir viajó a Sudáfrica en junio de 2015 con motivo de la celebración de la cumbre de la Unión Africana que acogía este país. A pesar de las órdenes de detención de la CPI que circulan desde 2009 y 2010 el gobierno sudafricano no adoptó medidas para arrestarlo justificando que la protección que la inmunidad le ofrece al presidente sudanés se lo impedía. Estas circunstancias llevaron al *South African Litigation Centre* (SALC) a presentar una demanda ante el Tribunal Superior de Pretoria con el fin de que los jueces determinaran que la ausencia de medidas para el arresto de Al Bashir violaba la Constitución, y por tanto para que obligasen al Gobierno a arrestarlo y enviarlo a la CPI. El Tribunal concedió al Gobierno el aplazamiento solicitado para preparar y presentar las alegaciones oportunas, pero debido al temor de que Al Bashir pudiera huir del país en ese período de tiempo, impuso una serie de obligaciones para evitar que eso sucediera¹⁵⁹⁴. Sin embargo, al presidente sudanés se le permitió salir antes de que los jueces pudieran pronunciarse y, pese a que el Tribunal Superior se negara a admitir apelaciones por entender que el litigio carecía ya de valor jurídico y remitiera el asunto al Tribunal Supremo de Sudáfrica¹⁵⁹⁵, determinó que Al Bashir debía de haber sido arrestado. El Gobierno sudafricano recurrió la decisión ante el Tribunal Supremo de Sudáfrica.

Así, mientras el fundamento de la Defensa, el SALC, era que en virtud del ER y del ‘South African Implementation of the Rome Statute of the ICC Act 2002’ (‘Implementation Act’)—la normativa nacional que incorpora el ER en sede doméstica tanto respecto a los crímenes como respecto al marco de cooperación del Estado con la CPI¹⁵⁹⁶—, Sudáfrica debía ejecutar las órdenes de arresto de la CPI contra Al Bashir y enviarlo a La Haya, el argumento principal de la demanda del Gobierno sudafricano para negarle a la CPI la cooperación en su arresto y entrega se basó, como lo hizo la RDC anteriormente, en que éste gozaba de inmunidad en

¹⁵⁹⁴ Supreme Court of Appeal of South Africa, *The Minister of Justice and Constitutional Development v. The Southern African Litigation Centre* (867/15) ZASCA (15 March 2016), § 5:

“1. President Omar Al Bashir of Sudan is prohibited from leaving the Republic of South Africa until a final order is made in this application, and the respondents are directed to take all necessary steps to prevent him from doing so;

2. The eighth respondent, the Director-General of Home Affairs is ordered:

2.1 to effect service of this order on the official in charge of each and every point of entry into, and exit from, the Republic; and

2.2 once he has done so to provide the applicant with proof of such service, identifying the name of the person on whom the order was served at each point of entry and exit.”

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, § 8.

¹⁵⁹⁶ *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002*.

virtud de un acuerdo celebrado entre el Estado y la UA, concretamente en relación a la cumbre de la Unión Africana celebrada los días 13-15 de junio, de la que Sudáfrica era Estado anfitrión. En respuesta a este argumento, el juez Wallis sostuvo lo expuesto por el Tribunal Superior, es decir, que dicho acuerdo no contemplaba la inmunidad para el presidente sudanés, sino que sólo la preveía para el personal de la Comisión de la Unión Africana y los delegados o representantes de otras organizaciones internacionales, además de considerar que el anuncio u orden ministerial que implementaba ese acuerdo en la legislación nacional tampoco incluía a los jefes o representantes de los Estados¹⁵⁹⁷. Sin embargo, el art. VIII del acuerdo de acogida¹⁵⁹⁸ hace mención a la Sección C de la Convención General sobre privilegios e inmunidades de la Organización para la Unidad Africana, sección que a su vez se refiere a la inmunidad de los representantes de los Estados de la organización y de las conferencias organizadas por ésta. Esto explicaría que Sudáfrica intentara dotar de inmunidad a los representantes de los Estados al celebrar el acuerdo de acogida con la UA, aunque, en efecto, la falta de una mención expresa en el texto a los jefes de Estado llevó al tribunal a concluir que éstos quedaban fuera del ámbito de aplicación del acuerdo¹⁵⁹⁹.

Respecto a la existencia de una excepción a la norma consuetudinaria de la inmunidad ante las comisión de crímenes internacionales, la sentencia recoge un análisis interesante partiendo de que la sección 4(1)(a) del ‘Diplomatic Immunities and Privileges Act’ de 2001 prevé lo siguiente: “A head of state is immune from the criminal and civil jurisdiction of the Courts of the Republic, and enjoys such privileges as — (a) heads of state enjoy in accordance with the rules of customary international law...”. Tras un exhaustivo estudio del debate doctrinal sobre la irresuelta cuestión de la inmunidad *ratione personae* en el caso de la comisión de crímenes internacionales por parte de jefes de Estado en ejercicio¹⁶⁰⁰, el juez Wallis concluyó que, en vista del desarrollo actual del Derecho Internacional consuetudinario, sólo podía afirmar que éste se encuentra en un estado de cambio respecto a la inmunidad, civil y penal, por actos que

¹⁵⁹⁷ Supreme Court of Appeal of South Africa, *The Minister of Justice and Constitutional Development v. The Southern African Litigation Centre* (867/15) ZASCA (15 March 2016), §§ 40-48. Los jueces Majiedt y Shongwe concuerdan con su opinión.

¹⁵⁹⁸ “The Government shall afford the members of the Commission and Staff Members, delegates and other representatives of Inter-Governmental Organisations attending the Meetings the privileges and immunities set forth in Sections C and D, Article V and VI of the General Convention on the Privileges and Immunities of the OAU.” It is remarkable that Article VIII of the hosting agreement referred to by the government representatives deals with privileges and immunities, but not specifically related to Heads of State.

¹⁵⁹⁹ AKANDE, Dapo, “The Bashir Case: Has the South African Supreme Court... *op. cit.*, ver nota 1593.

¹⁶⁰⁰ Supreme Court of Appeal of South Africa, *The Minister of Justice and Constitutional Development v. The Southern African Litigation Centre* (867/15) ZASCA (15-03-16), §§ 66-83.

violan normas *ius cogens*¹⁶⁰¹. Sin embargo, advirtió que estas circunstancias no le permitían respaldar la existencia de una excepción a la inmunidad e inviolabilidad de los jefes de Estado en ejercicio ante tribunales extranjeros por la comisión de crímenes internacionales. Esto supondría, como señala el juez, que mientras se encontraba en Sudáfrica Al Bashir habría sido titular de la inmunidad personal en virtud de esa normativa de no ser por la promulgación del ‘Implementation Act’¹⁶⁰², es decir, de no ser porque la normativa interna existente desde 2002 que implementa el ER invalida su inmunidad ante los tribunales sudafricanos.

A pesar de realizar un análisis del derecho nacional al respecto, consideramos que debería de haber profundizado en los argumentos expuestos por el demandado y los *amicus curiae* sobre la implicación de la Res. 1593 o la Convención contra el Genocidio para con la obligación de Sudáfrica de arrestar y entregar a Al Bashir¹⁶⁰³, ya que como se ha señalado, la en sus decisiones más recientes sobre el incumplimiento a la cooperación la CPI ha fundamentado sus decisiones del incumplimiento de la obligación de cooperación en la retirada implícita de la inmunidad a través del CS¹⁶⁰⁴. En este sentido, Akande entiende que, en caso de validar esta interpretación, Al Bashir perdería su inmunidad ante el arresto por parte del Estado cuando éste se enmarca en la cooperación con la CPI y no cabría alegar el derecho consuetudinario:

“Although the arguments about SC resolutions and the Genocide Convention relate to the effect of treaties on Bashir’s immunity, they are also relevant to the position under customary international law and should have been dealt with in the section of the judgment dealing with customary international law. This is because a state may not rely on rights under customary law where those rights have been amended, removed or rendered inapplicable by treaties that are applicable to that situation. Therefore, it is reasonable to state that under customary international law, a head of state does not possess immunity in cases where that immunity has been waived or removed by treaty. So, if it is correct to conclude that by virtue of the UN Security Council resolution 1593 which referred the Darfur situation to the ICC and/or by virtue of the Genocide Convention, President Bashir does not have immunity from arrest in states cooperating with the ICC [...], then under customary international law he does not enjoy immunity in such a situation.”¹⁶⁰⁵

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, § 84, citando a DUGARD, John, *International Law: A South African Perspective*, Juta, 4ed, Cape Tow, 2011, p. 258.

¹⁶⁰² *Ibid.*, §§ 84-85.

¹⁶⁰³ Joint *Amicus Curiae* to the SCA, ‘International and local NGOs file joint papers for admission as friends of the court in Al Bashir Case’: <http://www.chr.up.ac.za/index.php/centre-news-a-events-2016/1580-press-release-international-and-local-ngos-file-joint-papers-for-admission-as-friends-of-the-court-in-al-bashir-case.html> (última visita 18-05-17).

¹⁶⁰⁴ ICC *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, PTC II, 09-04-14; ICC *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision following the Prosecutor’s request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir”, PTC II, 15-06-15.

¹⁶⁰⁵ AKANDE, Dapo, “The Bashir Case: Has the South African Supreme Court... *op. cit.*, ver nota 1593.

3.2. Controversias en la interpretación de la legislación nacional

En relación al alcance de la inmunidad con respecto al arresto y envío de Al Bashir a la CPI, los jueces señalaron que en virtud del ‘Implementation Act’—instrumento que además de regular el marco de cooperación entre el Estado y la CPI, también regula la base jurídica sobre la que Sudáfrica puede perseguir los crímenes internacionales recogidos en el ER asumiendo el principio de justicia universal¹⁶⁰⁶—, cualquier persona, incluidos los jefes de Estado, acusada de haber cometido crímenes internacionales fuera del país puede ser arrestada y juzgada en Sudáfrica porque este instrumento retira cualquier inmunidad ante los tribunales nacionales. Así, las dos disposiciones más relevantes sobre esta cuestión señaladas por los jueces son las secciones 4(2) y 10(9) de dicho instrumento. La primera dispone que:

“Despite any other law to the contrary, including customary and conventional international law, the fact a person

- (a) is or was a head of State or government, a member of a government or parliament, an elected representative or a government official: or
- (b) being a member of a security service or armed force, was under a legal obligation to obey a manifestly unlawful order of a government or superior, is neither
 - (i) a defence to a crime; nor
 - (ii) a ground for any possible reduction of sentence once a person has been convicted of a crime.”

La última establece lo siguiente:

“The fact that the person to be surrendered is a person contemplated in section 4(2)(a) or (b) does not constitute a ground for refusing to issue an order [for surrender to the ICC] contemplated in subsection (5).”

Todos los jueces convinieron en que la sección 10(9) retira cualquier inmunidad respecto a procedimientos de arresto y entrega a la CPI y que este instrumento de implementación no contempla en su conjunto la salvaguarda de ninguna inmunidad en su ámbito de aplicación. Al considerar que la detención y entrega de Al Bashir se encuadra en esta normativa, los jueces determinaron que la sección 4(1)(a) del Acto sudafricano sobre Inmunidades y Privilegios de 2001 no era aplicable a este caso por tratarse de normativa general frente a la naturaleza de *lex specialis* de la ley de implementación posterior¹⁶⁰⁷, por lo que este Estado

¹⁶⁰⁶ Considering that the conditions set in s 4(3) are met:

“ a) that person is a South African citizen; or
b) that person is not a South African but is ordinarily resident in the Republic; or
c) that person, after the commission of the crime, is present in the territory of the Republic; or
d) that person has committed the said crime against a South African citizen or against a person who is ordinarily resident in the Republic.”

¹⁶⁰⁷ Supreme Court of Appeal of South Africa, *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre* (867/15) ZASCA (15 March 2016), § 102.

podía arrestar y entregar a Al Bashir legítimamente sin vulnerar el Derecho Internacional. De esta manera, el juez Wallis llegó a la novedosa pero singular conclusión de que por un lado, a día de hoy, la norma consuetudinaria de la inmunidad personal continúa vigente, y por otro, que Sudáfrica retiró esta inmunidad a través de la citada ley de implementación de 2002 bajo la sección 4(2)(a), siéndole inaplicable a nivel doméstico tanto a él como a cualquier alto cargo en ejercicio de un tercer Estado¹⁶⁰⁸. Asimismo, todos los jueces coincidieron en que sería una anomalía entender que esta disposición retira la inmunidad de los jefes de Estado a nivel nacional, es decir, que posibilita la detención y enjuiciamiento en territorio sudafricano de cualquier presidente en el cargo, si al mismo tiempo no sirviera de base jurídica para arrestar a un jefe de Estado y entregarlo a la CPI cuando esto es solicitado, algo que entendemos completamente lógico:

“I conclude therefore that when South Africa decided to implement its obligations under the Rome Statute by passing the Implementation Act it did so on the basis that all forms of immunity, including head of state immunity, would not constitute a bar to the prosecution of international crimes in this country or to South Africa cooperating with the ICC by way of the arrest and surrender of persons charged with such crimes before the ICC, where an arrest warrant had been issued and a request for cooperation made. I accept, in the light of the earlier discussion of head of state immunity, that in doing so South Africa was taking a step that many other nations have not yet taken. If that puts this country in the vanguard of attempts to prevent international crimes and, when they occur, cause the perpetrators to be prosecuted, that seems to me a matter for national pride rather than concern. It is wholly consistent with our commitment to human rights both at a national and an international level. And it does not undermine customary international law, which as a country we are entitled to depart from by statute as stated in s 232 of the Constitution. What is commendable is that it is a departure in a progressive direction”¹⁶⁰⁹.

Esta es a nuestro juicio la mayor aportación de la sentencia al delicado ámbito de las inmunidades personales de los jefes de Estado en ejercicio. Tratándose de un Estado que declara su autoridad para arrestar y enjuiciar a esta categoría de individuos en el contexto de la comisión de crímenes internacionales, estamos sin duda ante una excepción en la práctica estatal, ya que, como se ha señalado en relación al último informe de la CDI que estudia esta cuestión, la inmunidad *ratione personae* se mantiene en términos absolutos. Sin embargo, de acuerdo con varios autores, esta conclusión de que no hay inmunidad *ratione personae* válida en territorio sudafricano podría resultar desacertada a la luz de una lectura más pausada de la sección 4(2), pues ésta podría admitir otra interpretación¹⁶¹⁰. En este sentido, apuntan que lo

¹⁶⁰⁸ In his separate concurring opinion Judge Ponnan considered that this conclusion rendered the discussion on customary international law unnecessary, § 115.

¹⁶⁰⁹ Supreme Court of Appeal of South Africa, *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre* (867/15) ZASCA (15 March 2016), § 103.

¹⁶¹⁰ AKANDE, Dapo, “The Bashir Case: Has the South African Supreme Court... *op. cit.*, ver nota 1593; McDERMOTT, Yvonne, “Supreme Court of South Africa finds Government's failure to arrest Bashir was unlawful” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 15-03-16. Disponible en:

que la literalidad de la norma refleja es lo recogido en el art. 27(1) del ER, es decir, la improcedencia del cargo oficial frente a la responsabilidad penal individual o la excepción a la inmunidad *ratione materiae*, y no la inmunidad *ratione personae*: “Despite any other law to the contrary, including customary and conventional international law, the fact a person (a) is or was a head of State or government, a member of a government or parliament, an elected representative or a government official, (...) is neither (i) a defence to a crime...”. Como se ha comentado anteriormente, de entender que esta disposición no se refiere a la invalidez de la inmunidad personal sino a la irrelevancia del cargo oficial—valga apuntar que la norma no menciona expresamente la inmunidad—, en ausencia de una disposición similar al art. 27(2) del ER en el texto sudafricano, cabría cuestionar la lectura realizada por los jueces en torno a la normativa estatal.

En definitiva, el Tribunal Supremo de Apelación sudafricano ha optado por no profundizar en la interrelación de los arts. 27 y 98 del ER respecto a su obligación de cooperar con la CPI centrándose en la legislación nacional y basando en ésta su sentencia, considerando por tanto que la citada sección 4(2) invalida la inmunidad personal de Al Bashir y que la sección 10(9) obliga a su arresto y entrega. Sin embargo, a tenor de la literalidad de la norma, el tribunal bien podría haber interpretado que la primera disposición no elimina la inmunidad personal sino la funcional, y aún así defender que en virtud de la sección 10(9) los tribunales sudafricanos están obligados a cooperar con la CPI aun cuando ésta les solicite el arresto y entrega de un jefe de Estado en ejercicio. En otras palabras, los jueces podrían haber concluido que como norma general, la inmunidad personal de jefes de Estado en ejercicio persiste, pero que ante solicitudes de cooperación de la CPI ésta no supone ningún obstáculo procesal. De hecho, consideramos que ésta podría ser una interpretación perfectamente plausible, interpretación que únicamente invalidaría la inmunidad de jefes de Estado en el cargo con respecto a solicitudes de cooperación de la CPI y no ante procedimientos penales nacionales, ya que como decimos, la lectura realizada por los jueces no parece ajustarse a la literalidad de la norma.

Finalmente, cabría discutir si esta sentencia, en caso de confirmarse por el Tribunal Constitucional, podría considerarse como el comienzo de una posible tendencia que apunta

<http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2016/03/supreme-court-of-south-africa-finds.html> (última visita 18-05-17).

hacia una nueva norma de excepción a la inmunidad *ratione personae*. Según la interpretación realizada de la normativa interna, el Tribunal admite que la legislación nacional contradice lo dispuesto en el Derecho Internacional consuetudinario y que en el caso de arrestar y enjuiciar a jefes de Estado en sede nacional, a excepción de los casos en los que la CPI le solicite a este Estado su cooperación para el arresto y entrega de cargos oficiales, esta actuación supondría un desvío de la costumbre internacional. No cabe duda de que el arresto y enjuiciamiento por parte de los tribunales sudafricanos de un jefe de Estado en ejercicio sería una práctica estatal relevante, al tiempo que polémica, en la evaluación de la costumbre internacional, pues resulta dudoso que hubiera una *opinio juris* que respaldase esa excepción consuetudinaria cuando los propios jueces han resuelto que actuar así sería desviarse de la costumbre internacional. En este sentido, el Tribunal Supremo de Apelación ha querido ser progresista en la interpretación de su legislación nacional, pero quizás haya ido demasiado lejos en su lectura de la norma ofreciendo una visión muy extensa y poco realista. En cierto modo, como señala Akande, la combinación del amplio principio de justicia universal y la ausencia de inmunidad que según los jueces recoge el ‘Implementation Act’ sitúan a Sudáfrica en el lugar de Bélgica cuando la CIJ emitió la sentencia sobre el asunto *Orden de Arresto*¹⁶¹¹. Por el momento, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica aún debe pronunciarse sobre la sentencia expuesta y la CPI, por su parte, aún debe determinar si este Estado parte incumplió su obligación de cooperar con el fin de remitir su situación al CS y a la AEP con arreglo al art. 87(7) del ER.

Sección 4ª. La gestión de la falta de cooperación en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad

Tras lo expuesto en las secciones anteriores, puede afirmarse que la cuestión de las inmunidades *ratione personae* es aún un asunto pendiente por resolver entre la CPI y los Estados. Sin embargo, dado que la oposición a cooperar con el tribunal en materia de arresto y entrega tanto por parte de Sudán como de algunos Estados parte está minando el mandato de la CPI, resulta esencial analizar cuál es el papel que, como órgano responsable de la remisión, está desempeñando el CS en relación a las situaciones remitidas al tribunal, lo que incluye también la situación libia y los problemas de cooperación derivados de la misma. La teoría

¹⁶¹¹ AKANDE, Dapo, “The Bashir Case: Has the South African Supreme Court... *op. cit.*”, ver nota 1593.

permite considerar que, si este órgano remite a la CPI una situación calificada como amenaza para la paz y seguridad internacionales bajo el Capítulo VII, el incumplimiento de los Estados de su obligación de cooperar con la misma en el arresto y entrega de los individuos imputados bien podría entrañar también una amenaza a la paz¹⁶¹². En este sentido, teniendo en cuenta que la CPI carece de potestad ejecutiva y que en este ámbito depende plenamente de la cooperación de los Estados, lo deseable ante una remisión por parte del CS sería que ésta se acompañara del apoyo y potestades ejecutivas del propio órgano, pues como señalan algunas voces, “willing the ends requires willing the means”¹⁶¹³. De esta manera, de conformidad con un buen uso de los poderes que el art. 13(b) del ER concede al CS, la remisión sólo debería ser el inicio de una asistencia y apoyo continuados a la CPI, de suerte que, una vez remitida una situación a través de una resolución y constatada la falta de cooperación estatal para el cumplimiento de la misma, ésta contase con el apoyo absoluto de los mecanismos disponibles bajo el Capítulo VII.

4.1. La obligación de cooperar con la Corte recogida en las resoluciones de remisión

Como es sabido, dado que funcionan como un mecanismo de ejecución del CS al amparo del Capítulo VII y se dirigen, en principio, a todos los miembros de Naciones Unidas, las resoluciones de remisión pueden contener obligaciones correspondientes a la cooperación. No obstante, las dos resoluciones emitidas hasta la actualidad han adoptado un enfoque muy limitado en cuanto al alcance de las obligaciones de cooperación resultantes de las mismas mediante un lenguaje vago e impreciso que no permite extraer del propio texto las características de la cooperación estatal. Como ya se ha adelantado, en la Res. 1593 sobre Darfur el CS limitó la obligación de cooperación al “Gobierno del Sudán y a todas las demás partes en el conflicto de Darfur”, mientras que al resto de actores sólo se les instó a cooperar plenamente. La Res. 1970 sobre Libia, por su parte, adoptó términos similares, imponiendo la obligación expresa de cooperación únicamente al Estado libio. En este sentido, mientras que

¹⁶¹² CIAMPI, Annalisa, “Current and Future Scenarios for Arrest and Surrender to the ICC” en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66, nº 3, 2006, p. 731.

¹⁶¹³ MISTRY, Hemi, RUIZ VERDUZCO, Deborah, “The UN Security Council and the International Criminal Court” en *International Law Meeting Summary, with Parliamentarians for Global Action*, Chatham House, 2012, p. 18. Contenido disponible en el siguiente enlace: <http://www.pgaction.org/pdf/activity/Chatham-ICC-SC.pdf> (última visita 18-05-17).

la CPI dispone del mecanismo previsto en el art. 87(7) del ER para denunciar la falta de cooperación de los Estados independientemente de la vía de activación de la competencia empleada, como señala Aloisi, “giving the principle of ‘state consent’, Article 87(7) is only a ‘dead letter’ to non-member states”¹⁶¹⁴. Y es que, si bien la CPI puede utilizar esa disposición para denunciar la falta de cooperación no sólo de los Estados parte, sino también la de aquéllos terceros Estados que en virtud de la resolución estén obligados a cooperar con ella, lo cierto es que las remisiones del CS que afectan a Estados que no han aceptado la competencia de la CPI no pueden ejecutarse si no es en estrecha colaboración del CS.

Esto indudablemente genera incertidumbre respecto a las obligaciones de los Estados no parte a excepción de los Estados territoriales afectados, que contrasta de manera considerable con la obligación de cooperación establecida por el CS en relación a los tribunales *ad hoc*. En estos casos el CS especificó que todos los miembros de Naciones Unidas tenían la obligación de cooperar con el TIPY y el TIPR, así como el deber de adoptar las medidas necesarias bajo el derecho nacional para ejecutar las obligaciones de cooperación exigidas por éstos¹⁶¹⁵, lo que facilitó considerablemente la ejecución de las órdenes de arresto de los imputados. Así pues, considerando que el tratamiento dado a la obligación de cooperación estatal con la CPI en el texto de las Resoluciones 1593 y 1970 difiere enormemente del previsto para aquéllos, nos encontramos ante una distinción que no deja de ser criticable. Si la activación del mecanismo recogido en el art. 13(b) del ER, adoptado bajo el Capítulo VII, persigue precisamente dotar a la CPI de competencias de enjuiciamiento eficaces ante situaciones que suponen una amenaza a la paz y seguridad internacionales sin la necesidad de constituir un nuevo tribunal—con el gasto que esto supondría para las Naciones Unidas—, no cabe entender esta limitación expresa a la cooperación. La realidad muestra que las situaciones remitidas por el CS contemplan contextos en los que la lucha contra la impunidad sólo puede hacerse efectiva con la implicación y colaboración de toda la comunidad internacional en su conjunto, lo que atañe directamente al propio CS. Como señala Akande, esta ausencia de un lenguaje claro sobre la obligación de cooperación en las citadas resoluciones podría deberse a una posible reticencia de los miembros del CS a disponer explícitamente en el texto que

¹⁶¹⁴ ALOISI, Rosa, “A tale of two institutions: the United Nations Security Council and the International Criminal Court” en *International Criminal Law Review*, vol. 13, n° 1, 2013, p. 151.

¹⁶¹⁵ Estatuto del TIPY, § 4, S/RES/827 (1993); Estatuto del TIPR, § 2, S/RES/955 (1994).

estuvieran imponiendo el ER a un Estado no parte en el mismo¹⁶¹⁶, cuestión que, aunque fuera cierta, no puede eximir al CS de su compromiso con la CPI una vez remitida la situación.

Así pues, las limitaciones a la cooperación establecidas en este sentido parecen negar la urgencia de la cooperación estatal con la CPI. En el caso de la Resolución 1593, el principal problema que presenta el texto cuando dispone que “aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente” es que no sólo limita la responsabilidad de cooperar, sino que también limita la legitimidad de la CPI ante los Estados parte y Estados no parte en el ER. En este sentido, si una institución judicial no puede solicitar el apoyo pleno de la comunidad internacional para el desarrollo de sus funciones cuando su fundamento de actuación se encuentra en el Capítulo VII, situación a su vez promovida o alentada por el órgano de Naciones Unidas que ostenta la capacidad y el poder de obligar a los Estados a cooperar, está condenada a ser una institución débil, enfrentada a desafíos insuperables y a una oposición a su competencia¹⁶¹⁷.

Además de restar autoridad a la CPI cuando se invoca su intervención, la ausencia de una imposición de cooperación dirigida a todos los miembros de Naciones Unidas ha disminuido significativamente la efectividad de las remisiones, ya que en el caso de Sudán, esto ha permitido a Al Bashir viajar libremente a territorios de Estados no parte sin dejar a la Fiscalía más opción que solicitar, que no exigir, la cooperación de aquéllos para su arresto y entrega¹⁶¹⁸. Consciente de estas limitaciones, la CPI viene afirmando que, en virtud de las resoluciones, los Estados no parte no tienen ninguna obligación con respecto a ella que emane directamente del ER en ausencia de un acuerdo *ad hoc* o de una decisión del CS a tal efecto y que no existe un fundamento jurídico para que ésta pueda exigirles la ejecución de las órdenes

¹⁶¹⁶ AKANDE, Dapo, “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC” en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n° 2, 2012, p. 312.

¹⁶¹⁷ ALOISI, Rosa, *op. cit.*, p. 161.

¹⁶¹⁸ Desde la emisión de la primera orden de arresto en su contra, Al Bashir ha visitado el territorio de diversos Estados no parte. A modo de ejemplo, la Secretaría registró las visitas del Presidente sudanés a los Estados de Mauritania, Etiopía, China y Sudán del Sur durante el verano de 2015, véase, *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Report of the Registry on Omar Al-Bashir’s travels to the Islamic Republic of Mauritania, the Federal Democratic Republic of Ethiopia, the People’s Republic of China and the Republic of South Sudan”, PTC II, 23-10-15. Durante los meses de junio y julio de 2016 visitó Catar, Arabia Saudí y Ruanda, véase *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Report of the Registry on information received regarding Omar Al Bashir’s travels to non States Parties from 14 June 2016 to 18 July 2016 and other efforts conducted by the Registry regarding purported visits”, PTC II, 27-07-16.

de arresto. En este contexto, las Salas han sido reacias a aceptar las tramitaciones de la Fiscalía dirigidas a informar al CS sobre los desplazamientos de los imputados a territorios de Estados no parte— a pesar de que en el texto de las resoluciones el propio CS haya los inste a cooperar con la CPI—¹⁶¹⁹, recordándoles la existencia de las órdenes de arresto y solicitando su colaboración de manera bilateral y no a través del CS.

Este minimalismo jurídico empleado por el CS en los instrumentos de remisión ha debilitado la posición de la CPI ante Estados desafiantes y contrarios a la cooperación, tal y como se deduce de la citada Resolución adoptada por la Unión Africana en 2009 en la que se instaba a los Estados miembros a no cooperar en el arresto y entrega de Al Bashir¹⁶²⁰. Asimismo, la ausencia de especificaciones sobre cuestiones de inmunidad, como por ejemplo, si la exigencia de una cooperación plena a Sudán derivada del Capítulo VII de la Carta invalida el art. 98 del ER, han debilitado la posición de la CPI, pues ésta se está viendo sola y sin apoyo frente al Estado sudanés en sus esfuerzos por lograr el cumplimiento de las obligaciones que este país tiene con arreglo a la Res. 1593, oposición e incumplimiento que no sólo ha impedido ejecutar las órdenes de arresto, sino también la entrada al personal de la CPI en el país con el fin de desarrollar investigaciones. En este sentido, en vista de los problemas que plantea dicha remisión, el CS podría haber fortalecido el mandato de la CPI tiempo atrás mediante la emisión de una nueva resolución en la que invalidara la aplicabilidad del art. 98 del ER y declarara la plena aplicación del art. 27 del ER. Si bien el respaldo del CS en este sentido probablemente no habría influido sustancialmente en el debate actual sobre la relación entre la CPI y África, al menos habría concedido autoridad a aquella y habría dotado de más credibilidad al sistema de remisión recogido en el art. 13(b) del ER.

En virtud de estas consideraciones, podría afirmarse que el rechazo del CS a establecer obligaciones claras y contundentes de cooperación a todos los Estados es contrario a la propia esencia del sistema de remisiones, ya que, como señala Ruiz Verduzco, “[T]he ability of the Council to impose obligations of cooperation with the ICC on states, including States not Parties to the Rome Statute, is one of the primary justifications for why a referral powers were

¹⁶¹⁹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Regarding Omar Al-Bashir's Potential Travel to the United States of America”, PTC II, 18-11-13, § 10; *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision Regarding Omar Al-Bashir's Potential Travel to the Federal Republic of Ethiopia and the Kingdom of Saudi Arabia”, PTC II, 10-10-13, § 7.

¹⁶²⁰ African Union Assembly Decision, Thirteenth Session, (Doc Assembly/AU-245(XIII) Rev 1, 03-07-09), § 10.

granted to the Council and not any other UN organ”¹⁶²¹. La potestad del CS para obligar a los Estados a cooperar con la CPI fue una de las principales razones por las que los redactores del ER aceptaron incluir su poder de remisión en el tratado¹⁶²². Al mismo tiempo, como ya se ha señalado, en comparación con los tribunales *ad hoc* la CPI enfrenta una gran resistencia por parte de numerosos Estados que la consideran una institución sesgada y politizada, especialmente Estados africanos. Si a esta percepción se le añade la falta de mecanismos de ejecución ante las situaciones remitidas por el CS, no sólo se mina la capacidad del tribunal de extender su competencia a escala universal, sino que también se disuade a terceros Estados de ratificar el ER o de adaptar sus legislaciones internas para favorecer o facilitar la captura y enjuiciamiento de responsables de crímenes internacionales¹⁶²³. Ahora bien, la composición del CS, y especialmente la de los miembros permanentes, entre los cuales tres— Estados Unidos, China y Rusia— no son Estados parte en el ER, explica, aunque no justifica, la actuación de este órgano en relación a las dos resoluciones de remisión y a las limitaciones inherentes a las mismas¹⁶²⁴. Tratándose de Estados especialmente poderosos que nunca se han mostrado favorables a impulsar la labor de la CPI ni han expresado deseos de adherirse al tratado en un futuro, su oposición a someterse a ésta explica en gran medida la opción de no sujetar a terceros Estados, como es su caso, a una obligación de cooperación con aquélla. Estas cuestiones sin duda alguna hacen del mecanismo de remisión del art. 13(b) del ER un instrumento cuestionable si, como parece, su utilización se orienta a proteger los intereses políticos de las grandes potencias.

¹⁶²¹ RUIZ VERDUZCO, Deborah, *op. cit.*, p. 44.

¹⁶²² Como señaló Yee, “At the Rome Conference, a clear majority of delegations supported the power of the Security Council to initiate proceedings of the Court. Article 13(b) of the Statute thereby acknowledges the enforcement powers of the Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, to refer a situation to the Prosecutor in which one or more of crimes falling within the jurisdiction of the Court appears to have been committed. These enforcement powers of the Security Council bind all Members of the United Nations.” Véase YEE, Lionel, “The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13(b) and 16” en Roy S. Lee, *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, Kluwer, The Hague, 1999, p. 147. No obstante, los efectos que se perseguían mediante la remisión del Consejo no quedaron debidamente plasmados en las negociaciones. En la Conferencia de Roma, James Crawford expuso, en representación de la CDI, que “the Court’s jurisdiction, except in the case of genocide, would depend on the acceptance of its jurisdiction by States or on triggering by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations”, entendiéndose quizás que la remisión serviría como sustituta al consentimiento estatal, aunque sin precisar por tanto si esto sería en relación al ejercicio de la competencia o si también en relación a la obligación de los Estados a cooperar. Véase *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, Rome, 15 June -17 July 1998, Official Records Volume II, § 106.

¹⁶²³ ALOISI, Rosa, *op. cit.*, p. 154.

¹⁶²⁴ Recordemos que además de las limitaciones en materia de cooperación, ambas resoluciones prevén la inmunidad de ciudadanos de terceros Estados respecto a procedimientos ante la CPI derivados de estos instrumentos, así como la adjudicación de todo el gasto de las investigaciones y enjuiciamientos a los Estados parte en el ER. Asimismo, recordemos que el veto de Rusia y China impidieron una resolución de remisión de la situación en Siria a la CPI.

4.2. La asistencia del Consejo de Seguridad en la ejecución de las decisiones de cooperación de la Corte

Además de las consideraciones generales sobre los efectos de la limitada obligación de cooperación recogida en las resoluciones de remisión, el papel del CS en la ejecución de las decisiones de la CPI se presenta como el principal lastre en el ámbito de la cooperación que afronta el tribunal. Sabemos que las solicitudes de cooperación de la CPI se ejecutan mediante la acción estatal, ya sea sobre la base de su obligación internacional con arreglo al ER o de manera voluntaria. Así pues, a pesar de que la CPI dispone de la posibilidad de determinar que en virtud del art. 87(7) del ER un Estado ha incumplido con su obligación de cooperación—la única medida de la que dispone la CPI para denunciar formalmente y judicialmente la falta de cooperación estatal—, su potestad no va más allá de dictar judicialmente el incumplimiento del Estado en cuestión, pues carece de la autoridad para decidir sobre las consecuencias derivadas del mismo. El ER delega esta función en el CS, en los casos que deriven de una remisión al amparo del art. 13(b), o en la AEP en el resto de supuestos, dos órganos políticos que tienen la función de actuar y abordar, dentro de sus respectivas potestades, las medidas a adoptar ante los casos de incumplimiento de la cooperación. La CPI ha tenido la ocasión de determinar el incumplimiento de sus obligaciones de cooperación al amparo de dicha disposición del ER tanto de varios Estados parte como de los Estados de Sudán y Libia. Sin embargo, el recurso a este procedimiento es algo relativamente reciente en la práctica de la CPI, ya que durante los primeros años desde la remisión de la situación en Darfur ésta optó por remitir al CS comunicaciones o notificaciones relativas al incumplimiento de cooperación en lugar de remitirle fallos judiciales sobre incumplimiento con arreglo al art. 87(7) del ER. A continuación se abordarán estas notificaciones realizadas por la CPI y los fallos judiciales emitidos conforme a dicha disposición, así como la respuesta o medidas adoptadas por el CS en respuesta a éstos.

4.2.1. Las comunicaciones y los fallos judiciales de incumplimiento de Estados parte

Como mecanismo de notificación o información acerca de problemas derivados de la falta de cooperación estatal, el CS ha recibido varias comunicaciones por parte de la Secretaría de

la CPI desde que en 2005 éste remitiera la situación de Darfur a la CPI. Como se ha adelantado, se trata de meras notificaciones informativas al CS y no de la transmisión de fallos judiciales bajo el art. 87(7) del ER. Todas las notificaciones emitidas corresponden a la actuación, o más bien, falta de actuación, de los Estados en relación a la Resolución 1593 del CS, ya que en el marco de la situación libia la CPI nunca ha empleado este mecanismo de comunicación. La primera data de 2010 y concierne al incumplimiento del propio Estado de Sudán de arrestar y entregar a Ahmed Harun y Ali Kushayb, los dos primeros imputados en la situación de Darfur¹⁶²⁵. Ese mismo año la CPI informó al CS y a la AEP sobre la visita de Al Bashir a Chad¹⁶²⁶ y a Kenia¹⁶²⁷ y en 2011 informó de la misma cuestión en relación a Yibuti¹⁶²⁸. Aunque en aquél entonces estos Estados no manifestaron oposición alguna a dicha obligación de cooperación, el CS no reaccionó ante tales comunicaciones a pesar de que pudo aprovechar la oportunidad de apoyar a la CPI y fortalecer su mandato a través de declaraciones que reafirmaran la importancia de una continua cooperación estatal con la misma.

No obstante, en cierto modo la posibilidad de informar al CS, así como la acción judicial de los órganos de la CPI, tuvieron un impacto positivo en prevenir que Estados parte como Kenia volvieran a incumplir sus obligaciones de cooperación. Tras hacer pública una notificación en la que se informaba sobre un posible viaje de Al Bashir a Kenia con motivo de la celebración de la Cumbre de la Autoridad Intergubernamental de Desarrollo¹⁶²⁹, mediante una decisión judicial parte se le recordaron sus obligaciones con respecto a la CPI y se le solicitó información sobre la posible visita de Al Bashir¹⁶³⁰. En esta ocasión Kenia respondió a la CPI que dicho encuentro finalmente no se celebraría en su territorio y que por tanto Al

¹⁶²⁵ *El Fiscal c. Ahmed Harun y Ali Kushayb*, “Decisión por la que se informa al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de la falta de cooperación de la República de Sudán”, SCP I, 25-05-10 (disponible en castellano).

¹⁶²⁶ *El Fiscal c. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decisión por la que se informa al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la reciente visita de Omar Al Bashir a la República del Chad”, SCP I, 27-08-10.

¹⁶²⁷ *El Fiscal c. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, “Decisión por la que se informa al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la presencia de Omar Al Bashir en el territorio de la República de Kenia”, SCP I, 27-08-10.

¹⁶²⁸ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s recent visit to Djibouti”, PTC I, 13-05-11.

¹⁶²⁹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Prosecution Notification of possible travel to a State Party in the case of the Prosecutor v Omar Al Bashir”, PTC I, 22-10-10.

¹⁶³⁰ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision requesting observations from the Republic of Kenya”, PTC I, 25-10-10.

Bashir no entraría en este Estado parte. Como se ha adelantado, a partir de 2011 la CPI dejó de emplear este mecanismo de comunicación con el CS, probablemente, debido a su ineficacia dada la falta de respuesta de aquél. A partir de entonces, los esfuerzos del tribunal y su acción judicial en materia de cooperación se han centrado en la vía del art. 87(7) del ER para denunciar ante el CS el incumplimiento estatal de las obligaciones derivadas de sus remisiones mediante fallos judiciales *stricto sensu*.

En lo que a la aplicación del art. 87(7) del ER se refiere, como sabemos, en diciembre de 2011 la CPI emitió sus primeros fallos en materia de incumplimiento contra Malawi y Chad, que a su vez fueron transmitidos al CS y a la AEP a través de la Presidencia del tribunal. La CPI contactó con Malawi tras la visita de Al Bashir a este territorio y como sabemos, éste confirmó la visita y alegó que no pudo arrestarlo debido a la inmunidad personal que gozaba como jefe de Estado en ejercicio y a su obligación de respetar lo dispuesto en las resoluciones de la Unión Africana en este sentido. Chad, por su parte, adoptó una postura similar, esgrimiendo en su defensa las decisiones de la Unión Africana y su incompatibilidad con la solicitud de arresto y entrega de la CPI. Este Estado volvió a ser objeto de una decisión de incumplimiento bajo el art. 87(7) del ER en 2013, ocasión en la que reiteró su posición contraria a la ejecución de la solicitud del tribunal¹⁶³¹. En 2014 la CPI determinó la falta de cooperación de la RDC por no arrestar a Al Bashir y más recientemente ha actuado de la misma manera con respecto a Yibuti y Uganda. En todos los casos los jueces ofrecieron un plazo a los Estados para que, en virtud de la Norma 109(3) del Reglamento de la CPI¹⁶³², presentaran sus opiniones a la misma antes de proceder a la aplicación del art. 87(7) del ER.

Yibuti basó su imposibilidad de arrestar a Al Bashir cuando éste se encontraba en su territorio, primero, en que carecía de la legislación nacional necesaria para proceder al arresto conforme a la Parte IX del ER; segundo, en que el art. 98(1) del ER le impedía proceder al arresto de un jefe de Estado en ejercicio; y tercero, en que como miembro de la UA, debía respetar las decisiones de esta organización regional en materia de cooperación con la CPI¹⁶³³.

¹⁶³¹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, PTC II, 26-03-13.

¹⁶³² Norma 109(3) del Reglamento de la CPI (aprobado por los magistrados de la Corte el 24 de mayo de 2004): “Antes de realizar una constatación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 87, la Sala deberá escuchar las opiniones del Estado requerido.”

¹⁶³³ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the

Ésta por su parte, señaló que la ausencia de legislación doméstica no puede servir como justificación para no cumplir sus solicitudes de cooperación, y recordando lo dispuesto en su decisión sobre el incumplimiento de la RDC, los jueces advirtieron que la inmunidad en este caso no era aplicable a Al Bashir debido a su retirada implícita a través de la Resolución 1593 del CS¹⁶³⁴. Respecto a Uganda, la CPI expuso argumentos similares en su respuesta a la falta de cooperación de este Estado parte, que al igual que sus predecesores, basó su incumplimiento de la orden de arresto contra Al Bashir en motivos más políticos que jurídicos. En este sentido, la invitación de Uganda a Al Bashir se enmarcaba en el conjunto de esfuerzos regionales destinados a lograr una paz y estabilidad duraderas en la región, a lo que el Estado señaló que “it is not in Uganda’s and the region’s interest to isolate the Sudan by excluding its leader from any occasion that brings together other regional leaders”¹⁶³⁵. Según se desprende de todas estas decisiones judiciales, ninguno de estos Estados parte cumplió con su obligación de informar a la CPI con arreglo al art. 97 del ER sobre posibles impedimentos para cumplir con las solicitudes emitidas antes de que el presidente sudanés entrara en sus respectivos territorios.

Al hilo de este proceder de la CPI en virtud del art. 87(7) del ER, destaca el caso de Nigeria, pues se trata de la única ocasión en la que ésta ha dado por válidos los argumentos expuestos por el Estado para determinar que no era necesario constatar el incumplimiento estatal de la obligación de cooperar, evitando por tanto que el asunto fuera transmitido al CS y a la AEP¹⁶³⁶. En este caso, Al Bashir viajó a Nigeria con motivo de una Cumbre especial de la Unión Africana celebrada en Abuja a mediados de 2013. La CPI informó a Nigeria de que tenía conocimiento de la asistencia del presidente sudanés a este territorio y le solicitó información al respecto con el fin de valorar su posible incumplimiento en el caso de que no fuera arrestado y entregado. Nigeria respondió que no había invitado personalmente a Al Bashir, sino que simplemente viajó a este país sin que hubiera conocimiento previo de ello porque, en virtud de las normas de procedimiento de la UA, los Estados miembros de la misma no requieren una invitación formal del Estado anfitrión para asistir a ese tipo de

United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute”, PTC II, 11-07-16, § 6.

¹⁶³⁴ *Ibid.*, §§ 10-13.

¹⁶³⁵ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute”, PTC II, 12-07-16, § 14.

¹⁶³⁶ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, PTC II, 05-11-13.

eventos. Asimismo, afirmó que Al Bashir abandonó el territorio mientras las autoridades valoraban cómo proceder al respecto con arreglo a sus obligaciones internacionales. Estos argumentos fueron suficientes para que la CPI considerara que, en virtud de su potestad discrecional conforme al art. 87(7) del ER, este Estado parte no había actuado en incumplimiento de sus obligaciones¹⁶³⁷.

Estas decisiones muestran la complejidad que la CPI afronta en la aplicación de esta disposición, ya que se ve obligada a confiar en los motivos esgrimidos por los Estados cuando faltan a su deber de cooperar. En este sentido, lo cierto es que en aquéllos casos en los que la CPI ha constatado el incumplimiento estatal, los Estados han sido consecuentes con sus decisiones y han expresado los motivos que les han llevado a no cumplir con las solicitudes, a pesar de que ello no pueda justificar sus conductas con arreglo a su obligación de cooperar en virtud del ER. Por ejemplo, tanto en el caso de la RDC como en el de Nigeria, Al Bashir asistió a actos de la Unión Africana celebrados en los respectivos territorios, pero sólo los argumentos del último fueron convincentes para la CPI. Así pues, por el momento la jurisprudencia relativa al art. 87(7) del ER en lo que a los Estados parte se refiere no resulta del todo uniforme, más aún si se tiene en cuenta los cambios de criterio empleados desde las primeras decisiones sobre Malawi y Chad hasta las más recientes. Ciertamente, en virtud de la potestad discrecional que esta disposición confiere a la CPI, las decisiones que adopte deberán razonarse adecuadamente con el fin de no transmitir a los Estados parte la señal equivocada de que basta con que el Estado esgrima su desconocimiento sobre la visita y su imposibilidad de actuar a tiempo para justificar su conducta.

4.2.2. El incumplimiento de los Estados no parte: el caso de Sudán y Libia

Al igual que ha sucedido con los Estados parte, las decisiones judiciales de incumplimiento conforme al art. 87(7) del ER también se han dirigido a Sudán y a Libia, Estados no parte en el ER pero que en virtud de la Resoluciones 1593 y 1970 tienen la obligación de cooperar plenamente con la CPI. Así, en 2014 la CPI determinó el incumplimiento del Estado libio con respecto a la solicitud de arresto y entrega de Saif Al-Islam Gaddafi y en 2015 emitió tres decisiones sobre el incumplimiento de Sudán en relación a la ejecución de las órdenes de

¹⁶³⁷ *Ibid.*, §s 11-13.

arresto y entrega tanto del presidente Al Bashir como de algunos de los imputados restantes por la CPI en la situación de Darfur, Muhammad Hussein y Banda. No obstante, aunque el art. 87 del ER prevé un mecanismo de respuesta ante la falta de cooperación de los Estados parte (art. 87(7)) y Estados no parte (art. 87(5)), *a priori* podría esgrimirse que, al menos teóricamente, Sudán y Libia no encajan fácilmente con lo dispuesto en estos apartados:

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

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

7. Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.”¹⁶³⁸

Libia y Sudán no son Estados parte ni tampoco han suscrito un acuerdo especial de cooperación con la CPI con arreglo al art. 87(5) del ER. De este modo, su condición de Estado no parte y la ausencia de acuerdos con la CPI permitirían cuestionar la inaplicación de este procedimiento a su conducta de falta de cooperación. Sin embargo, las decisiones tomadas por la CPI en los respectivos casos han sido fundamentadas bajo el art. 87(7), por lo que se les ha aplicado esta disposición como si de Estados parte se trataran. El motivo, como bien señalan los jueces en sus fallos, es que las Resoluciones 1593 y 1970 del CS imponen a ambos Estados no parte la obligación de cooperar plenamente con la CPI, haciéndoles aplicable el ER y muy especialmente, en lo que a la cooperación se refiere, la Parte IX del ER relativa a la cooperación de los Estados. Esto permite a la CPI tratar su falta de cooperación de igual manera que la de un Estado no parte a pesar de no serlo.

Con respecto a la falta de cooperación en el arresto de Al Bashir, la SCP II hizo mención al rechazo del Estado a reconocer la competencia de la CPI y a recibir la documentación relativa a las órdenes de arresto, así como a la invitación emitida a las autoridades sudanesas con el fin de facilitar la comunicación entre el gobierno y la CPI¹⁶³⁹. En este sentido, los jueces señalaron la oposición manifiesta que viene manteniendo Sudán a cualquier relación con el tribunal y transmitieron la declaración del representante sudanés recogida por la Fiscalía en el noveno

¹⁶³⁸ Art 87(5) y (7) del ER.

¹⁶³⁹ *ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Prosecutor’s Request for a finding of Non-Compliance against the Republic of the Sudan”, PTC II, 09-03-15, § 9.

informe presentado al CS: “[n]o Sudanese, not Al-Bashir and not a non Al-Bashir, will appear before the [Court], and we will not even send a lawyer to represent us there”¹⁶⁴⁰. Asimismo, los jueces se hicieron eco de declaraciones más recientes de las autoridades sudanesas en las que afirmaron que su participación en las reuniones del CS no implicaba su reconocimiento a la CPI ni que fueran a cooperar con ésta, ya que Sudán no es un Estado parte en el ER. Al hilo de estas declaraciones, la SCP II subrayó que si bien es cierto que sólo los Estados parte tienen la obligación convencional de cooperar con la CPI y que esta obligación sólo puede extrapolarse a Estados no parte mediante el consentimiento estatal, la Resolución 1593 del CS adoptada al amparo del Capítulo VII de la Carta estableció la obligación del Estado no parte de Sudán de cooperar con la CPI, obligación derivada directamente de la propia Carta de Naciones Unidas¹⁶⁴¹.

Así pues, los jueces recalcaron que bajo el art. 25 de aquélla, Sudán, como miembro de Naciones Unidas, tiene la obligación de aceptar y ejecutar las decisiones del CS y para ello recordaron lo dispuesto por la CIJ en la opinión consultiva sobre el asunto de Namibia: “when the Security Council adopts a decision under article 25 in accordance with the Charter, it is for member States to comply with that decision [...]. To hold otherwise would be to deprive this principal organ of its essential functions and powers under the Charter”¹⁶⁴². Recordaron asimismo el doble efecto de la Resolución sobre el Estado sudanés. De un lado, ésta le hace aplicable la Parte IX del ER relativa a la cooperación así como todas las normas reguladoras de la cooperación estatal para con la CPI. De otro lado, a estos efectos, el Estado sudanés quedó sometido desde 2005 a la obligación de proveer la cooperación necesaria al tribunal, incluida en este sentido la ejecución de las solicitudes de las órdenes de arresto de 2009 y 2010 contra Al Bashir de conformidad con la citada Parte IX del ER. Tal y como se aborda la cuestión en relación a los Estados parte, en caso de enfrentar obstáculos legales para cumplir con esas solicitudes Sudán debería de haber consultado o notificado a la CPI estos extremos en virtud del art. 97 del ER y de la Regla 195 de las RPP, algo que en ningún momento hizo¹⁶⁴³.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, § 10.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, § 13.

¹⁶⁴² *Ibid.*, § 14, en relación a la Opinión Consultiva de la CIJ en el asunto ‘Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), 21-06-71, § 116.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, § 15.

Considerando estos antecedentes, la SCP II determinó que el Estado sudanés había incumplido sus obligaciones conforme a los arts. 86, 89 y 97 del ER, a la Regla 195 de las RPP y a la propia Resolución 1593 y tras llegar a esta conclusión debía pronunciarse con arreglo al art. 87(7) sobre dicho incumplimiento. Asimismo, dado que Sudán había renunciado en reiteradas ocasiones a establecer contacto con la CPI y por tanto a su derecho de presentar alegaciones con arreglo a la Norma 109(3) del Reglamento de la CPI, la SCP II no constató impedimentos para concluir que este Estado había incumplido sus obligaciones de cooperación conforme al art. 87(7) del ER. En todo caso, plasmó su impotencia en la decisión apelando directamente a la responsabilidad del CS:

“In this context, the Chamber wishes to reiterate that, unlike domestic courts, the ICC has no direct enforcement mechanism in the sense that it lacks a police force. As such, the ICC relies mainly on the States’ cooperation, without which it cannot fulfil its mandate. When the SC, acting under Chapter VII of the UN Charter, refers the situation in Darfur, Sudan, to the Court as constituting a threat to international peace and security, it must be expected that the Council would follow-up by way of taking such measures which are considered appropriate, if there is an apparent failure on the part of Sudan to cooperate fulfilling the Court’s mandate as entrusted to it by the Council. Otherwise, if there is no follow up action on the part of the SC, any referral by the Council to the ICC under Chapter VII of the UN Charter would never achieve its ultimate goal, namely, to put an end to impunity. Accordingly, any such referral would become futile.”

Como cabía esperar, esta decisión no impulsó la adopción de ningún tipo de medida por parte del CS, quien, meses más tarde, recibió de la CPI otros dos fallos judiciales sobre el incumplimiento de Sudán al amparo del art. 87(7) del ER. La primera de ellas fue la relativa al caso *Hussein*, ministro de Defensa de Sudán hasta junio de 2015 y actual gobernador de Jartun¹⁶⁴⁴, cuya orden de arresto está pendiente de ejecución desde marzo de 2012 por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La SCP II expuso la misma línea seguida con respecto al caso *Al Bashir*, subrayando que el incumplimiento de la orden de arresto contra este individuo “is only one instance of its by now long history of determined and consistent failure to comply with UNSC Resolution 1593. This failure dates back to the first warrants of arrest issued in the situation in Darfur, has emerged as a constant feature ever since, and has found its most controversial expression in its persistent refusal to surrender President Al-Bashir”¹⁶⁴⁵. Asimismo, los jueces recordaron la Cumbre de la Unión Africana celebrada en Sudáfrica en junio de ese año, señalándola como el acontecimiento más reciente en el que Sudán había mostrado su determinación de evadir sistemáticamente la

¹⁶⁴⁴ *ICC Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, “Decision on the Prosecutor’s Request for a finding of non-compliance against the Republic of the Sudan”, PTC II, 26-06-15.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*, § 7.

justicia, e instaron una vez más al CS a hacer el debido seguimiento del cumplimiento de la Resolución 1593¹⁶⁴⁶. Los fundamentos para determinar el incumplimiento de Sudán conforme al art. 87(7) del ER en este caso fueron los empleados en la decisión anterior.

Finalmente, la última decisión sobre el incumplimiento de este Estado se emitió en noviembre de 2015 en el caso *Banda*¹⁶⁴⁷, individuo sudanés cuyos cargos fueron confirmados en 2011¹⁶⁴⁸. Aunque durante la fase prejudicial éste se presentó voluntariamente ante la CPI, los jueces emitieron una orden de arresto en su contra para asegurar su presencia durante la fase del juicio oral, orden de arresto que continúa pendiente de ejecución. Dado que no parece haber posibilidades de que Sudán cumpla con esta obligación por voluntad propia debido a su continua oposición, la SPI IV determinó el incumplimiento estatal de sus obligaciones derivadas del ER y de la Resolución 1593 con arreglo al art. 87(7) del ER. La inacción del CS desde la recepción de estas decisiones se mantiene en términos absolutos.

En lo que respecta a Libia, por el momento la CPI ha emitido una única decisión con arreglo al art. 87(7) del ER y ésta contrasta con las decisiones sobre Sudán en varios aspectos, pues Libia ha reconocido la competencia de la CPI desde un principio a pesar de las impugnaciones a la admisibilidad de los casos. Además, la falta de cooperación estatal en esta situación está más vinculada a la situación de conflicto y de menguante seguridad que a la ausencia total de voluntad política del Estado a la cooperación como es el caso de Sudán. En el caso de Libia, la CPI no ha sufrido la falta de cooperación de los Estados parte con respecto a las solicitudes como sí está sucediendo con Sudán, algo que necesariamente afecta al tratamiento dado en cada caso a la falta de cooperación. En diciembre de 2014 la CPI emitía su primer fallo judicial respecto al incumplimiento de cooperar de Libia en el que exponía estas cuestiones¹⁶⁴⁹. Desde que determinara en mayo de 2013 que el caso *Al-Islam Gaddafi* era admisible, Libia ha estado sujeta a la obligación de cooperar en su arresto y entrega. En este sentido, tras varios avisos y recordatorios emitidos al Estado sobre esta obligación, la CPI le advirtió acerca de la posibilidad de iniciar un procedimiento al amparo del art. 87(7) del ER

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, § 10, 15.

¹⁶⁴⁷ *ICC Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain*, “Decision on the Prosecution’s Request for a finding of non-compliance”, TC IV, 19-11-15.

¹⁶⁴⁸ *ICC Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Corrigendum of the ‘Decision on the Confirmation of Charges’”, PTC I, 07-03-11.

¹⁶⁴⁹ *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, “Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council”, PTC I, 10-12-14.

y con ese fin, solicitó que le informara sobre la situación en la que se encontraba la ejecución de entrega del imputado. En respuesta, Libia solicitó la extensión del plazo para presentar alegaciones debido a los ataques contra el Gobierno cometidos en Trípoli y Bengazi en mayo de 2014 y a las elecciones que tendrían lugar en Libia el mes siguiente. No obstante, la CPI se negó a conceder dicha extensión por entender que la orden de arresto y entrega llevaba más de un año vigente, que la falta de cooperación libia no estaba relacionada con la situación de seguridad emergente en el país y que el acontecimiento electoral no podía socavar el hecho de que las autoridades libias competentes no hubieran llevado a cabo su entrega.

Lo que destaca de esta decisión, en comparación con lo dispuesto posteriormente respecto a Sudán, es la manera en la que la CPI abordó la cuestión de la falta de cooperación estatal, en cierto modo debido a que Libia nunca ha negado su obligación de cooperar con la CPI en virtud de la Resolución 1970. Así, en esta ocasión los jueces expresaron que constatar el incumplimiento de la cooperación de un Estado y decidir en consecuencia remitir la cuestión al CS bajo el art. 87(7) del ER es una medida discrecional que forma parte de una valoración más amplia sobre la manera más efectiva de asegurar la cooperación estatal:

“[t]he Chamber considers that a determination on whether to make a finding of non-compliance and decide to refer the matter to the Security Council is discretionary in nature and is part of the broader consideration of the most effective modality to ensure that the Court’s cooperation requests are implemented. As this Chamber previously held, resort to the measure under article 87(7) of the Statute is not a mandatory course of action that the Chamber is obliged to pursue in case of a State’s failure to cooperate with the Court, but one of the tools available to the Court ‘to use at a certain point in time as a last resort measure or as part of a comprehensive strategy to promote cooperation.’

While a determination of the appropriateness and usefulness of this measure remains in the hands of the Chamber, it is necessary that prior to such determination two conditions are met. There must be an objective failure on the part of the State to comply with a cooperation request and, pursuant to regulation 109(3) of the Regulations, the requested State must be given the opportunity to be heard.”¹⁶⁵⁰

Estas cuestiones nunca fueron señaladas en las decisiones de incumplimiento de Sudán probablemente porque, considerando su rechazo desde un inicio a la más mínima colaboración, se trataba de la única medida que la CPI podía adoptar para tratar de poner remedio a su falta de cooperación. En este caso, los jueces estimaron que a la luz de las numerosas ocasiones en las que a Libia se le había solicitado el cumplimiento de su obligación de entregar a Saif Al-Islam Gaddafi, proceder conforme al art. 87(7) del ER era la línea de acción adecuada. Como se deduce de esta decisión, la CPI viene mostrándose más paciente y flexible con Libia debido al compromiso que en varios aspectos ha manifestado

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, §s 23-24.

este Estado. Como señala la Sala, Libia impugnó la admisibilidad de los casos con arreglo a su prerrogativa estatutaria y participó activamente en los procedimientos subsiguientes sujetándose a los mecanismos del ER, lo que demostraba su aceptación del papel de la CPI y sus actividades. Asimismo, Libia suscribió un acuerdo con la CPI sobre los privilegios e inmunidades del tribunal y su personal en territorio libio, acuerdo en el que este país reconocía de forma explícita su obligación de cooperar con el tribunal¹⁶⁵¹. Sin embargo, estas cuestiones positivas no compensaban ni arreglaban la falta objetiva por parte de Libia de cumplir con las solicitudes de cooperación pendientes de ejecución y en este sentido, a pesar de que los jueces se mostraran conscientes de la volatilidad de la situación política y de seguridad que atravesaba el país y de las dificultades de las autoridades en sus esfuerzos por restaurar la estabilidad, afirmaron que una constatación con arreglo al art. 87(7) del ER sólo requiere una falta objetiva de cooperación, independientemente de los motivos estatales que sostengan esa postura¹⁶⁵².

4.2.3. Acciones del Consejo de Seguridad sobre el incumplimiento de las órdenes de arresto y entrega

Hasta la actualidad la acción del CS respecto a estas comunicaciones y fallos judiciales ha sido muy exigua, e incluso podría decirse que inexistente en la práctica, para ofrecer soluciones a la CPI y colaborar con ella en la ejecución de las órdenes de arresto y entrega pendientes tanto en Darfur como en Libia. Los informes bianuales que la Fiscalía viene presentando ante el CS sobre el estado de las investigaciones y actividades judiciales en

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, § 31. Libia ha reconocido su obligación de cooperar derivada de la Resolución 1970 en varias ocasiones: “The Libyan government does not dispute that it is bound by Security Council Resolution 1970. Moreover, as outlined further below, Libya has demonstrated that it regards itself bound by this Resolution through its cooperation with the Court in both the Saif Al-Islam Gaddafi admissibility Proceedings, as well as in the Abdullah Al-Senussi admissibility proceedings.” Véase *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Response of the Libyan Government to the ‘Urgent Application on behalf of Abdullah Al-Senussi for Pre-Trial Chamber to order the Libyan Authorities to comply with their obligations and the orders of the ICC’”, PTC I, 01-02-13, § 22.

¹⁶⁵² *ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, “Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council”, PTC I, 10-12-14, § 33: “the Chamber recognises the genuine efforts made by Libya to maintain a constructive dialogue with the Court and is sensitive to the difficulties in its territory. However, the Chamber shares the view of the Defence that article 87(7) of the Statute is value-neutral, and not designed to sanction or criticise the requested State. The Chamber concurs that this provision makes available to the Court an additional tool so that it may seek assistance to eliminate impediments to cooperation.”

ambas situaciones muestran claramente la incapacidad a la que se enfrenta la CPI para avanzar en los procedimientos, con especial énfasis en el caso de Darfur¹⁶⁵³.

Desde que el CS remitiera a la CPI esta última situación mediante la Resolución 1593, han sido múltiples las resoluciones emitidas sobre el conflicto en Sudán, pero muy pocas las ocasiones en las que este órgano ha emitido algún tipo de decisión en referencia a la obligación de los Estados de cooperar. De hecho, la única expresión formal al respecto se encuentra en una Declaración de la Presidencia del CS de 2008, precisamente antes de la emisión de las órdenes de arresto contra Al Bashir, y por tanto, antes de que la cooperación de Sudán y de algunos Estados parte comenzara a ser realmente problemática para la CPI. Esta declaración fue fruto de un debate que tuvo lugar en el seno del CS el 5 de junio de 2008 después de que la Fiscalía presentara su séptimo informe sobre la situación en Darfur, en el que apuntaba a la capacidad del CS para asegurar la cooperación de Sudán e instaba al mismo a situar las órdenes de arresto contra de Harun y Kushayb, por aquél entonces los dos únicos imputados por la CPI, como asunto central en cualquier contacto entre éste y el Estado sudanés. Asimismo, la Fiscalía solicitó al CS la adopción de una declaración presidencial que urgiera al Gobierno sudanés a poner fin a los crímenes y al cumplimiento de dichas órdenes de arresto. Tras la presentación del informe fueron varios los Estados que intervinieron, pero fueron las declaraciones del representante costarricense, Satgno Ugarte, las realmente duras y críticas con la postura pasiva del CS:

“Ya son siete, siete los informes semestrales que el Fiscal Luis Moreno Ocampo de la Corte Penal Internacional ha presentado al Consejo de Seguridad. Siete veces el Fiscal ha venido a enumerar las atrocidades que se han estado y están cometiendo en Darfur: atrocidades coordinadas y planificadas contra civiles que no han participado en ningún conflicto. En el informe que nos presenta hoy, nos ha expuesto los hechos con toda claridad: *“este no es un producto derivado incidentalmente de la guerra, es un crimen calculado.”* Siete veces ha venido a compartir con este Consejo el nivel de cooperación, o más bien, de falta de cooperación que brinda el Gobierno del Sudán. Siete veces que, en cumplimiento de un mandato emanado de este Consejo y concretamente de la resolución 1593 (2005), el Fiscal cumple cabalmente con su responsabilidad.

Cuanto nos gustaría decir lo mismo de este Consejo. La actuación del Consejo de Seguridad, y por ende de los Estados Miembros reunidos alrededor de esta mesa que le dan vida, ha sido claramente deficiente en relación con la situación en Darfur. Las diferencias internas y los cálculos políticos han impedido a la fecha una acción efectiva de parte del Consejo. En lo que sí podemos estar de acuerdo, aunque no nos da mayor consuelo, es que este Consejo sí ha cumplido con el último párrafo operativo de la resolución 1593 (2005), en el sentido de que *“decide continuar ocupándose de la cuestión.”* Pero la continuidad de la cuestión es en sí problemática porque, a medida que pasa el tiempo, el Consejo de Seguridad corre el riesgo de banalizar el mal mientras se siguen llenando las tumbas en Darfur.

Urge que este Consejo arribe a una solución que responda tanto a los imperativos de paz como de justicia. Ciertamente no debe continuar con lo que, a medida que pasa el tiempo, parece constituirse en una

¹⁶⁵³ Los informes de la Fiscalía al CS pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/about/otp/Pages/otp-reports.aspx> (última visita 18-05-17).

política de apaciguamiento de Sudán y de indiferencia a las atrocidades que ocurren en Darfur. El Consejo no debe seguir aplazando y subordinando los imperativos de justicia por cálculo político.

Así como, al adoptar la resolución 1593 (2005), el Consejo de Seguridad tuvo la voluntad política de remitir la situación en Darfur a la Corte Penal Internacional, ahora debe actuar en consecuencia y exigir la entrega de parte del Gobierno de Sudán de los acusados Ahmad Harun y Ali Kushayb. El incumplimiento evidente y recurrente del Gobierno de Sudán de sus obligaciones bajo la resolución 1593 (2005) constituye, más que una afrenta a la Corte, un desafío abierto a la autoridad de este Consejo y a la naturaleza vinculante de las resoluciones adoptadas bajo el capítulo VII.

Los hechos hablan por sí solos. No podemos argumentar ignorancia. Si por indiferencia o por conveniencia política este Consejo no hace su máximo esfuerzo para obligar al Gobierno de Sudán a cooperar con la Corte Penal Internacional, haciendo entrega sin más contratiempos de Ahmad Harun y de Ali Kushayb de conformidad con la resolución 1593 (2005), en un futuro no muy lejano estaremos nuevamente invocando la promesa de “nunca jamás”. Esa misma promesa que como mundo civilizado pronunciamos después del Holocausto, y que más recientemente pronunciamos después de Kampuchea, Bosnia, Rwanda o Kósovo, y que actualmente estamos poniendo a dura prueba en Sudán.”¹⁶⁵⁴

Con el apoyo de otros Estados, este país logró llevar adelante la Declaración Presidencial solicitada por la Fiscalía, emitida varios días después. En ésta se instaba a Sudán a cooperar plenamente con la CPI con arreglo a la Resolución 1593:

“El Consejo de Seguridad toma nota del séptimo informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional presentado el 5 de junio de 2008 conforme a lo previsto en la resolución 1593 (2005).

El Consejo de Seguridad recuerda la decisión que, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, adoptó en la resolución 1593 (2005), según la cual el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur cooperarán plenamente con la Corte Penal Internacional y el Fiscal y les prestarán toda la asistencia necesaria en aplicación de esa resolución, al tiempo que reafirma el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional.

El Consejo de Seguridad toma nota de los esfuerzos realizados por el Fiscal de la Corte Penal Internacional para hacer comparecer ante la justicia a quienes hayan cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en Darfur y, en particular, observa la labor de seguimiento llevada a cabo por la Corte Penal Internacional con el Gobierno del Sudán, en el marco de la cual el 16 de junio de 2007 la Secretaría de la Corte Penal Internacional dio traslado al Gobierno del Sudán de varias órdenes de detención y el Fiscal inició nuevas investigaciones sobre crímenes cometidos por diversas partes en Darfur.

A este respecto, el Consejo insta al Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur a que cooperen plenamente con la Corte, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 1593 (2005), para poner fin a la impunidad de los crímenes cometidos en Darfur.”¹⁶⁵⁵

La indignación del Estado costarricense, expresada en esos términos tan crudos pero certeros, tuvo lugar tan sólo tres años después de la remisión del CS. Actualmente, más de diez años después, no parece haber tal indignación en el seno del mismo órgano como para hacer efectiva alguna medida, aun considerando el empeoramiento del conflicto, el creciente número de víctimas y el deterioro de la cooperación estatal con la CPI, lo que realmente pone

¹⁶⁵⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto República de Costa Rica, Intervención del Sr. Bruno Stagno Ugarte, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Costa Rica en ocasión de la sesión 5905 del Consejo de Seguridad 5 de junio 2008. Acceso al documento en el siguiente enlace: https://www.un.int/costarica/sites/www.un.int/files/Costa%20Rica/5_junio_2008_-_intervencion_en_ocasion_de_la_sesion_5905_del_consejo_de_seguridad.pdf (última visita 18-05-17).

¹⁶⁵⁵ S/PRST/2008/21, Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de 16 de junio de 2008.

en tela de juicio el compromiso del CS con la CPI y con la lucha contra la impunidad. La referencia al principio de complementariedad recogida en el texto, implica, como sabemos, que la CPI sólo actuará cuando los Estados no puedan o no estén dispuestos a hacerlo de forma auténtica. En el caso de Sudán, los informes bianuales de la Fiscalía muestran la ausencia de procedimientos nacionales en relación a los casos abiertos ante la CPI, de manera que mientras Sudán permanezca sin dar respuesta a los crímenes internacionales cometidos en su territorio y no demuestre la voluntad de poner fin a esa situación, la CPI continúa siendo plenamente competente para enjuiciar a los responsables.

Mediante otra Declaración de la Presidencia del CS de 2013, el CS subrayaba la importancia de la cooperación estatal con la CPI y mostraba su compromiso a realizar un seguimiento eficaz de las decisiones adoptadas a tal efecto:

“El Consejo de Seguridad observa que la lucha contra la impunidad y la rendición de cuentas por los crímenes más graves de trascendencia internacional se han fortalecido mediante la labor sobre esos crímenes y su enjuiciamiento en la Corte Penal Internacional, de conformidad con el Estatuto de Roma, en tribunales especiales y “mixtos” y en salas especializadas de tribunales nacionales. A este respecto, el Consejo de Seguridad reitera su anterior llamamiento sobre la importancia de la cooperación estatal con esas cortes y tribunales de conformidad con las respectivas obligaciones de los Estados y expresa su compromiso de hacer un seguimiento efectivo de las decisiones del Consejo a este respecto. El Consejo tiene previsto seguir luchando firmemente para combatir la impunidad y también señala a la atención la plena gama de mecanismos de justicia y reconciliación existentes, entre ellos las comisiones de la verdad y la reconciliación, los programas nacionales de reparación y reformas institucionales y jurídicas, incluidas garantías de no repetición. El Consejo reafirma su disposición a adoptar medidas apropiadas dirigidas a los que violen el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos.”¹⁶⁵⁶

Desde entonces, a través de resoluciones como la 2113 (2013) o la más reciente 2296 (2016)¹⁶⁵⁷, el CS, además de renovar periódicamente el mandato de la UNAMID (Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones en Darfur), ha reafirmado que la situación en Sudán sigue constituyendo una amenaza para la paz y seguridad internacionales y “que los responsables de violaciones del DIH y de violaciones y abusos de los derechos humanos deben rendir cuentas de sus actos”¹⁶⁵⁸. Sin embargo, más allá de estas afirmaciones, el CS continúa sin adoptar medidas concretas para frenar la falta de cooperación estatal tanto de Sudán como de los Estados parte señalados por la CPI en virtud del art. 87(7) del ER, lo que en vista de la calificación de la situación como amenaza a la paz y seguridad internacionales,

¹⁶⁵⁶ S/PRST/2013/2, Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de 12 de febrero de 2013, § 9.

¹⁶⁵⁷ S/RES/2113 (2013), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7013ª sesión, celebrada el 30 de julio de 2013; S/RES/2296 (2016), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7728ª sesión, celebrada el 29 de junio de 2016.

¹⁶⁵⁸ S/RES/2296 (2016).

resulta realmente grave. En el último informe remitido al CS, la Fiscalía dio cuenta de esta situación y urgió una vez más al CS, como viene haciendo desde el inicio de las investigaciones, a adoptar medidas concretas y a estudiar propuestas estatales como la de Nueva Zelanda, en la que se alentaba a tratar las decisiones judiciales de incumplimiento dictadas por la CPI y remitidas al CS en un borrador de resolución o declaración, carta o reunión con el Estado implicado¹⁶⁵⁹.

Asimismo, como en informes anteriores, la Fiscalía informó al CS sobre el desplazamiento de imputados a Estados no parte en ER, esencialmente el de Al Bashir, y aun conociendo que la Resolución 1593 sólo insta pero no obliga a éstos a cooperar con la CPI, señaló que “failure to execute warrants of arrest issued by the Court undermines the interests of justice and the global movement towards greater accountability for the world’s gravest crimes as listed in the Statute. The Office, yet again, urges the Council to use its powers under the UN Charter to ensure compliance with the pending arrest warrants for all Darfur situation suspects, should they travel across international borders”¹⁶⁶⁰. Al hilo de esta cuestión, la Fiscalía ya propuso al CS que explorara y adoptara nuevas vías legales y operacionales con el fin de garantizar el cumplimiento de las órdenes de arresto dictadas por la CPI, entre las que planteó la posibilidad de extender la obligación de cooperar a todos los Estados miembros de Naciones Unidas así como a las organizaciones regionales¹⁶⁶¹. A pesar de estas decisiones judiciales y de los informes y solicitudes de la Fiscalía, hasta la actualidad el CS no ha adoptado ninguna medida concreta para hacer frente a la falta de cooperación estatal en el marco de la situación de Darfur.

En relación a las medidas adoptadas por el CS respecto a la falta de cooperación estatal en la situación de Libia, el escenario no es mucho más halagüeño. En 2014 emitió la Resolución 2174 en la que señaló lo siguiente: “Recordando la decisión que adoptó en la resolución 1970 (2011) de remitir la situación de Libia al Fiscal de la Corte Penal Internacional, y reafirmando la importancia de que el Gobierno de Libia coopere con la Corte Penal Internacional y su

¹⁶⁵⁹ Twenty-fourth report pursuant to para. 8 of UN Security Council Resolution (UNSCR) 1593, 13-12-16, §§ 18-19.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, § 21.

¹⁶⁶¹ Fifteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), 05-06-12, § 57.

Fiscal, (...)”¹⁶⁶², aunque en consecuencia no adoptó ninguna medida concreta en relación a la cooperación. Sin embargo, si hubiera que señalar algún aspecto positivo en la conducta del CS, éste se encuentra en resoluciones posteriores en las que ha hecho referencia al fallo judicial de la CPI de 2014 sobre el incumplimiento de Libia de su obligación de cooperar en el arresto y entrega de Saif Al-Islam Gaddafi, un paso que hasta el momento no ha dado con respecto a Sudánese a las varias órdenes de arresto y entrega pendientes:

“Recordando su decisión adoptada en la resolución 1970 (2011) de remitir la situación imperante en Libia al Fiscal de la Corte Penal Internacional, observando la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, de 10 de diciembre de 2014, y poniendo de relieve enérgicamente la importancia de una plena cooperación del Gobierno de Libia con la Corte Penal Internacional y el Fiscal,

7. *Exhorta* al Gobierno libio a que coopere plenamente con la Corte Penal Internacional y su Fiscal, proporcionándoles la asistencia necesaria, como exige la resolución 1970 (2011);”¹⁶⁶³

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

10. *Exhorta* al Gobierno libio a que coopere plenamente con la Corte Penal Internacional y su Fiscal, proporcionándoles la asistencia necesaria, como exige la resolución 1970 (2011);”¹⁶⁶⁴

Las dificultades principales en el caso *Al-Islam Gaddafi* y de la falta de cooperación del Estado libio para su entrega a la CPI continúa siendo el hecho de que éste no se encuentra bajo el control de las autoridades libias, sino bajo la milicia de Zintan, que a su vez, rechaza la autoridad de la administración de Trípoli, así como la situación de inseguridad generalizada extendida por todo el territorio. En vista de las dificultades de las autoridades libias para obtener la custodia de este imputado, en su decimosegundo informe remitido al CS la Fiscalía informó de un cambio de estrategia por parte de la CPI, mediante el cual se busca explorar la posibilidad de acordar con el Estado que la orden de arresto sea trasladada a dicha milicia para que sea ésta quien la ejecute¹⁶⁶⁵. Asimismo, informó de que, si bien la persistente situación de inseguridad en Libia dificulta el avance de las investigaciones de los casos abiertos y la apertura de futuros casos, pretende ampliar de manera significativa las investigaciones sobre crímenes cometidos desde 2011 y solicitar por tanto nuevas órdenes de arresto, subrayando que esta situación será una de las prioridades de la Fiscalía durante los

¹⁶⁶² S/RES/2174 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7251ª sesión, celebrada el 27 de agosto de 2014.

¹⁶⁶³ S/RES/2213 (2015), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7420ª sesión, celebrada el 27 de marzo de 2015.

¹⁶⁶⁴ S/RES/2238 (2015), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7520ª sesión, celebrada el 10 de septiembre de 2015.

¹⁶⁶⁵ Twelfth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 09-11-16.

próximos meses. En este sentido, advirtió que la asignación de recursos a estas investigaciones se hará en detrimento de otras investigaciones, y con ello invitó al CS a apoyar y facilitar la asistencia financiera de Naciones Unidas con el fin de aliviar la carga económica impuesta a la CPI en virtud de la Resolución 1970¹⁶⁶⁶. La Fiscalía General del Estado libio, tal y como se desprende del informe, está cooperando de forma satisfactoria con la Fiscalía de la CPI, aunque todo parece indicar que en relación a futuros casos. De este modo, en el ámbito de la cooperación sobre arresto y entrega, la imposibilidad de obtener la custodia de Saif Al-Islam continúa siendo el principal obstáculo para la CPI, situación sobre la que el CS no ha mediado de ninguna manera con las autoridades libias para tratar de facilitar la custodia al tribunal.

En este sentido, como se adelantaba, si bien la Resolución 2238 (2015) recoge la decisión de incumplimiento de Libia emitida por la SCP II, lo cierto es que a ésta no le sigue ninguna medida concreta y eficaz dirigida a solucionar la falta de cooperación estatal, por lo que, aun siendo un avance en la manera de proceder del CS, de poco sirve en la práctica. El hastío que la CPI arrastra en relación a las situaciones remitidas por el CS por la falta de cooperación estatal y la falta de asistencia del propio CS es más que notoria en los informes de la Fiscalía. A los doce años de impotencia sobre la situación de Darfur, se le suman varios más en relación a Libia, malestar que difícilmente puede ocultar la Oficina ante la pasividad del órgano responsable de las remisiones: “The Council referred the Libya situation to the Court. The Office continues to urge the Council to support its on-going efforts in Libya, and in particular, to support and facilitate financial assistance by the United Nations for investigations in 2017. Regrettably, the Council has so far failed to provide any meaningful support, financial or otherwise, to the Office’s work in Libya”¹⁶⁶⁷. Puede expresarse de diversas maneras, pero el mensaje es claro y, ciertamente, demoledor.

En vista de lo expuesto, puede afirmarse que por ahora el CS ha sido especialmente pasivo en el apoyo a la CPI sobre el cumplimiento de sus remisiones y que sus esfuerzos por participar y apoyar las investigaciones derivadas de éstas son prácticamente inexistentes. En este sentido, no cabe duda de que este contexto de enorme dificultad en el que se encuentra la CPI para avanzar en las investigaciones de las situaciones de Darfur y Libia es en gran

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, § 17.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, § 30.

medida responsabilidad del CS por no haber actuado más allá de la emisión de las declaraciones o las citadas resoluciones, incluso tras la recepción de las instancias de falta de cooperación debidamente referidas a través de la Presidencia de la CPI. De hecho, el CS ni siquiera ha reconocido públicamente los obstáculos con los que ésta viene lidiando, ni tampoco ha recurrido, a raíz de las claras instancias de falta de cooperación, no ya a aplicar, sino al menos a amenazar, con la imposición de mecanismos recogidos en el Capítulo VII del Carta a los Estados no cooperantes. Estas cuestiones ponen de relieve las dificultades prácticas para una buena y eficaz cooperación entre una organización política como es el CS, que dispone de los medios que posibilitan la cooperación, y una corte penal internacional establecida con el mandato de reducir la impunidad de los crímenes más atroces y que carece de cualquier mecanismo de ejecución.

4.3. Posibles medidas para contribuir a la ejecución de las solicitudes de la Corte

A tenor de lo anteriormente expuesto, el CS no parece comprometido a utilizar su autoridad al amparo de las potestades que dispone bajo Capítulo VII para asistir a la CPI en la ejecución de las órdenes de arresto y entrega. Sin embargo, para desarrollar un seguimiento efectivo de sus propias remisiones y asegurar la cooperación estatal, el CS debería exponer las repercusiones del incumplimiento de las mismas. Los ejemplos de Milošević, Karadžić y Taylor muestran que una presión constante e informada sobre la cooperación estatal contribuye a ejecutar las detenciones¹⁶⁶⁸. En este sentido, los principales incentivos de los que dispone el CS para inducir a la cooperación estatal son la presión política, la amenaza de la imposición de sanciones, la imposición de sanciones u otras medidas de ejecución¹⁶⁶⁹ y considerando el estado actual de la cuestión, no cabe duda de que el CS podría y debería emplear estos mecanismos para hacer frente al incumplimiento de los Estados para evitar que tanto las solicitudes de la CPI, como las propias resoluciones de remisión, continúen siendo, como hasta ahora, papel mojado.

¹⁶⁶⁸ GURD, Tracey, “Arresting the ‘Big Fish’: Lessons on State Cooperation for the International Criminal Court” en Nick Donovan (Ed.), *The Enforcement of International Criminal Law*, Aegis, 2009, pp. 28-31. Documento disponible en el siguiente enlace:

http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/603D8E48589F6DD1C12577E70039FB54-Aegis_Jan2009.pdf (última visita 18-05-17).

¹⁶⁶⁹ CIAMPI, Annalisa, “Current and Future Scenarios for Arrest... *op. cit.*, p. 736.

En primer lugar, como ya se ha señalado en varias ocasiones, es necesario un mayor nivel de cooperación estatal con la CPI para combatir la impunidad de forma efectiva y posibilitar el desarrollo del mandato de ésta. Con el fin de lograr este objetivo, el CS debería emitir nuevas resoluciones en las que afirme lo dispuesto en las Resoluciones 1593 y 1970 y recoja la obligación de todos los Estados miembros de Naciones Unidas de cooperar con la CPI¹⁶⁷⁰. Para ser efectiva y mantener su credibilidad, debe permitirse a la CPI operar como una institución independiente que no sea sometida a presiones políticas. Se trata de todo un reto cuando es el CS, un órgano político, quien remite una situación y cuando su actuación es a su vez un pilar fundamental en la cooperación. Una resolución que obligue a todos los Estados permitiría ganar credibilidad a ambas instituciones y demostraría el verdadero compromiso del CS en la lucha contra la impunidad. Asimismo, reforzaría su mandato en Sudán y Libia y especialmente en el caso del primero, despejaría las dudas sobre la aplicación práctica de la orden de arresto contra Al Bashir. Cuando el CS establece una obligación jurídica sobre los Estados de manera explícita en una resolución, ésta se antepone a cualquier obligación internacional preexistente y por este motivo, una obligación universal de cooperar con la CPI contribuiría a que los Estados ejecutaran las ordenes de arresto sin el temor de que al hacerlo violen sus obligaciones internacionales, por ejemplo, en materia de inmunidad personal. Obligar a toda la comunidad internacional a cooperar con la CPI es cuestión de voluntad política, pero se hizo en la década de los noventa con el TIPY y el TIPR y no se ha ofrecido aún un motivo sólido para no proceder de la misma manera con la CPI.

En segundo lugar, además de establecer una obligación general de cooperación, las resoluciones de remisión del CS—o como decimos, unas nuevas que las complementen—podrían especificar las medidas que el Estado directamente afectado en cuestión, en este caso Sudán y Libia, debe adoptar para asegurar la cooperación exigida con la CPI y enumerar y explicar en el texto de las mismas las medidas a adoptar por todos los Estados a nivel nacional para cumplir con la obligación de cooperar en materia de arresto y entrega¹⁶⁷¹. Asimismo, el CS podría concretar las consecuencias de la falta de cooperación, ya sean posibles sanciones o la ruptura de relaciones diplomáticas, ya que, en ausencia de una amenaza explícita y real de

¹⁶⁷⁰ BUZZARD, Lucas, “Holding an Arsonist's Feet to the Fire? – The Legality and Enforceability of the ICC's Arrest Warrant for Sudanese President Omar Al-Bashir” en *American University International Law Review*, vol. 24, n° 5, 2009, pp. 938-939.

¹⁶⁷¹ MOSS, Lawrence, “The UN Security Council and the International Criminal Court. Towards a more principled relationship” en *Friedrich-Ebert-Stiftung, Global Policy and Development*, 2012. Documento disponible en el siguiente enlace: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/08948.pdf> (última visita 18-05-17).

sanción, la cooperación estatal quedaría en manos de la buena voluntad de los Estados y en la práctica, los Estados más reacios no tendrían ningún incentivo para actuar.

En tercer lugar, ante las notificaciones de la Presidencia de la CPI sobre incumplimientos estatales de cooperación con arreglo al art. 87(7) del ER, siguiendo el ejemplo de la declaración emitida a petición de Costa Rica en 2008, el CS podría notificar y recordar al Estado infractor su obligación para con la CPI, incluyendo el deber de ejecutar las órdenes de arresto y entrega. Para ello podría adoptar la política de emitir declaraciones presidenciales en apoyo a la CPI tras la recepción de cada instancia de incumplimiento y junto con esta medida, podría emitir una resolución condenando la falta de cooperación del Estado y exigir su cumplimiento. Igualmente, con arreglo al art. 41 de la Carta de Naciones Unidas¹⁶⁷² el CS debería exponer las consecuencias de carácter no militar derivadas del incumplimiento continuado, que podrían incluir sanciones económicas, como restricciones comerciales, sanciones pecuniarias, limitaciones al transporte aéreo o cualquier otro tipo permitida bajo el Capítulo VII¹⁶⁷³. Sin duda alguna la cooperación se vería fortalecida en el ámbito del arresto y entrega si el CS empleara estos mecanismos de acción específicos con el fin de elevar la falta de cooperación con la CPI a la esfera global como un asunto serio en la lucha contra la impunidad, al tiempo que demostraría su apoyo al tribunal.

En cuarto lugar, en los supuestos en los que la falta de cooperación continuase a pesar de las notificaciones del CS, éste podría actuar e imponer las medidas que bajo el mencionado art 41 de la Carta estimase oportunas. Dado que esta disposición no enumera una lista exhaustiva, el CS podría igualmente optar por recurrir a otras para inducir a la cooperación, como la inmovilización de activos o evitar todo contacto no indispensable con los imputados por la CPI o con los Estados no cooperantes¹⁶⁷⁴. El CS ya ha hecho uso de las sanciones económicas

¹⁶⁷² Según lo dispuesto en el art. 41 de la Carta de Naciones Unidas, “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.”

¹⁶⁷³ TOTTEN, Christopher D., TYLER, Nicholas, “Arguing for an Integrated Approach to Resolving the Crisis in Darfur: the Challenges of Complementarity, Enforcement and Related Issues in the International Criminal Court” en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, nº 3, 2008, p. 1110.

¹⁶⁷⁴ KAYE, David *et al.*, “The Council and the Court: Improving Security Council Support of the International Criminal Court” en *University of California, School of Law, Irvine*, 2013, p. 21. Documento disponible en el siguiente enlace: <http://councilandcourt.org/files/2013/05/The-Council-and-the-Court-FINAL.pdf> (última visita 18-05-17).

para penalizar a un Estado por no cumplir sus obligaciones, por ejemplo, en materia de ensayos de armas nucleares¹⁶⁷⁵. Un claro ejemplo en el que la amenaza de la imposición de sanciones económicas ha funcionado ha sido en relación a Malawi. Unos meses después de que la CPI determinara su incumplimiento en virtud del art 87(7) del ER, este Estado parte invitó a Al Bashir a participar en una cumbre de la Unión Africana en este territorio pero, tras el cambio de presidencia, la actual Presidenta Joyce Banda se apresuró a declarar que Al Bahir sería arrestado en caso de que visitara Malawi. Detrás de este cambio de postura del gobierno hubo una serie de presiones económicas por parte de Estados occidentales. Estados europeos amenazaron a Malawi con suspender la ayuda al desarrollo en caso de que Al Bashir visitara ese Estado parte nuevamente y tras el anuncio de que éste sería arrestado en caso de pisar el territorio, se anunció que Reino Unido concedió a Malawi 33 millones de libras para reconstruir la economía que el presidente anterior había destrozado¹⁶⁷⁶. Bien podría decirse que se trató de un chantaje por parte de Estados poderosos contra un Estado empobrecido, al que no dejaron más remedio que acatar lo exigido. Kersten defiende que esto también podría entenderse como la utilización de instrumentos tradicionales de coacción política, sanciones económicas en este caso, para promover el aislamiento de un individuo imputado por genocidio:

“By ‘enforcing’ the obligations of Malawi to the ICC, these states actively supported the Court’s mandate and struggle for legitimacy. This is a remarkably positive step forward in comparison to the US policy of denying certain forms of aid to states that did not sign Bilateral Immunity Agreements, an attempt by the Bush administration to guarantee that US citizens would never be brought to the ICC.

In short, Malawi appears to be an example of where international politics converged with international criminal justice – but not in a way to be feared. It is obvious that the ICC’s legitimacy and effectiveness would be undermined if Bashir continued to freely visit ICC state parties. But the ICC remains reliant on states to make a fuss and put pressure on its members to keep with their obligations. Malawi is an example where politics was needed and appears to be a case where the politics of international criminal justice was *good* politics.”¹⁶⁷⁷

Éstas fueron acciones que algunos Estados parte llevaron a cabo a nivel individual y unilateral contra Malawi. En el caso de que esto pudiera elevarse al CS, no cabe duda de que el modo de proceder debería ser diferente. Como decimos, no cabe duda de que en supuestos como éste el CS podría imponer sanciones de este tipo a los Estados que incumplan sus obligaciones de cooperación. No obstante, para que estas medidas sean legítimas deberían ir

¹⁶⁷⁵ TOTTEN, Christopher D., TYLER, Nicholas, *op. cit.*, p. 1111, en relación a la sanción económica impuesta por el CS a Corea del Norte.

¹⁶⁷⁶ KERSTEN, Mark, “Politics, a Poosin for Justice?” en *Justice in Conflict*, publicado el 05-06-12, acceso al contenido en <https://justiceinconflict.org/2012/06/05/politics-a-poison-for-justice/> (última visita 18-05-17).

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

acompañadas de una obligación general de cooperación dirigida a todos los Estados miembros. Resultaría éticamente discutible que el CS impusiera sanciones económicas a Estados como Malawi o incluso contra el mismo Sudán, mientras China, miembro permanente en el CS, acoge la visita de Al Bashir en su territorio, como ya ha hecho. Por este motivo, la imposición de sanciones económicas debería de hacerse con cautela y tratando de lograr la máxima coherencia y responsabilidad posibles entre los intereses y motivaciones de la política internacional y el objetivo de la justicia internacional penal.

En última instancia, en caso de que los mecanismos anteriores no resultaran eficaces para lograr la ejecución de las órdenes de arresto y entrega de la CPI, algunas voces apuestan por explorar la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza en relación al cumplimiento de dichas órdenes¹⁶⁷⁸. Por ahora esta vía no se ha planteado en el seno de ninguna de las instituciones pero cuenta con el antecedente de la Resolución 1638 (2005), en la que se ampliaba el mandato de la Misión de las Naciones Unidas en Liberia (UNMIL) incluyendo su potestad adicional para “capturar y detener al expresidente Charles Taylor en caso de que regrese a Liberia y trasladarlo o facilitar su traslado a Sierra Leona para su procesamiento por el Tribunal Especial para Sierra Leona”¹⁶⁷⁹. Se trata por su puesto de una medida delicada que exige un debate interestatal profundo antes de poder considerarla una opción viable. En cualquier caso, no parece factible ni deseable que el CS llegue a aplicar medidas tan drásticas cuando ni siquiera ha apostado por presionar mínimamente a Sudán y a Libia con mecanismo de menor intensidad. La Fiscalía por el momento no se ha mostrado favorable a incluir en el mandato de operaciones de paz como la UNAMID la potestad de arresto, pero sí la posibilidad de que ésta sea extendida a organizaciones regionales¹⁶⁸⁰. Como decimos, considerando la inacción del CS hasta la actualidad, incluso la mera idea de un debate serio sobre esta posibilidad resulta más que improbable.

¹⁶⁷⁸ TOTTEN, Christopher D., TYLER, Nicholas, *op. cit.*, p. 1111.

¹⁶⁷⁹ S/RES/1638 (2005), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5304ª sesión, celebrada el 11 de noviembre de 2005, § 1.

¹⁶⁸⁰ Fifteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), 05-06-12, § 57: “The Office is not proposing that UNAMID be authorized to assist in the operations aimed at securing arrests. Instead, the Council can in due course evaluate other possibilities including asking UN Member States or regional organizations to execute arrest operations in furtherance of the arrest warrants issued by the International Criminal Court.”

CONCLUSIONES

Primera. Tres lustros de funcionamiento muestran que la CPI está plenamente operativa y desde la perspectiva tanto sustantiva como procesal su práctica pone de manifiesto cuestiones esenciales para su futura labor. El régimen consensuado en Roma dotó a la CPI de jurisdicción complementaria respecto de los tribunales nacionales, lo que implica que ésta sólo actuará cuando los tribunales estatales no sean capaces o no tengan la voluntad de ejercer su jurisdicción penal. De esta manera, la responsabilidad primaria de reprimir los crímenes internacionales hoy ya consolidados y recogidos en el ER como son el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, recae en los Estados. Sin embargo, el alcance de la obligación de juzgar estos crímenes con carácter extraterritorial ha sido y continúa siendo objeto de un extenso debate doctrinal y jurisprudencial, pues se alude al ER como tratado internacional que consagra la obligación general y universal de represión. Sin embargo, este instrumento no impone una obligación, sino que recuerda a los Estados la existencia de la misma al amparo de diferentes fuentes del Derecho Internacional. Sabido es que algunos de estos crímenes se recogen en un régimen convencional, como es el caso de la Convención para la Prevención y Sanción de delito de Genocidio, los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I, mientras que los crímenes contra la humanidad, por el momento, carecen de un tratado internacional que los regule de manera global a pesar de la labor que la CDI está desarrollando al respecto en la actualidad, por lo que en su caso la vía convencional por ahora se reduce, entre otros, a tratados como la Convención contra la Tortura.

Si bien el ER ha supuesto todo un avance en la consolidación de los mecanismos de represión de estas atrocidades en el ámbito del Derecho Internacional Penal, de entre las normas convencionales citadas, en el caso del genocidio únicamente se contempla el deber de represión con respecto al Estado territorial o *locus delicti*, mientras que en el caso de los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional I o la Convención contra la tortura, se prevé el posible ejercicio de la jurisdicción penal contra los presuntos responsables de estas conductas cuando a pesar de haber sido cometidas fuera del territorio, éstos se encuentren presentes. Dada su gravedad, su condición de actos que consituyen prohibiciones *ius cogens* y su consideración como crímenes que atentan contra la comunidad internacional en su conjunto,

actualmente resulta difícil negar, al menos, la obligación del Estado territorial de prevenir y reprimir penalmente los crímenes previstos en el ER, es decir, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Asimismo, a pesar de las limitaciones del régimen convencional, puede constatarse una evolución en el Derecho Internacional que apunta hacia una obligación emergente de represión de estos crímenes internacionales más allá de las fronteras del Estado territorial. En este ámbito, la *máxima aut dedere aut judicare*, principio previsto en múltiples instrumentos convencionales para reprimir conductas criminales cometidas fuera del territorio, impone a los Estados la obligación de extraditar o juzgar a los responsables cuando éstos se encuentren en sus territorios, pudiendo en algunos casos anteponer la obligación de juzgar a la de extraditar. El principio de jurisdicción universal, en cambio, el máximo exponente del ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial, faculta a los Estados a dotarse de competencia para juzgar crímenes internacionales, aun cuando en virtud de su forma más pura, no haya puntos de conexión con los hechos que pretenden juzgarse.

Respecto a la última, actualmente la naturaleza de los crímenes internacionales recogidos en el ER faculta a todo Estado a dotar de competencia a sus tribunales para que ejerzan su jurisdicción penal extraterritorialmente y con carácter subsidiario cuando quien tiene el deber primario de reprimir no lo hace. Sin embargo, las fisuras que está recibiendo el principio de justicia universal a través de reformas legislativas nacionales, cuyo máximo exponente es la reforma operada en España en marzo de 2014, han hecho que la opción de emplear este mecanismo en su forma más pura esté en vías de desaparición. A través del establecimiento de puntos de conexión con los hechos o del requisito de la presencia del presunto culpable en el territorio se reduce el marco de aplicación de este principio, que si bien es cierto que su limitación no puede considerarse ilícita en la medida en que el Derecho Internacional no regula el alcance de este principio, sí puede criticarse desde la perspectiva de los compromisos asumidos por los Estados respecto a la lucha contra la impunidad.

Sin embargo, respecto al *aut dedere aut judicare* se detecta un desarrollo en el derecho consuetudinario que, si bien no permite constatar aún la existencia de una obligación general que obligue a los Estados a ejercer su jurisdicción penal sobre el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cuando los responsables se encuentran en su territorio, permite afirmar el surgimiento de una tendencia a aceptar dicha obligación. De la

jurisprudencia de la CIJ y la labor de la CDI en el análisis de esta máxima se deduce que la obligación de represión recae por ahora sobre el Estado territorial, aunque la creciente adopción de instrumentos internacionales dirigidos a la lucha contra la impunidad permiten visibilizar la preocupación de los Estados por la sanción de conductas tan graves como las previstas en el ER. No obstante, la práctica estatal no permite concluir que los Estados hayan asumido la jurisdicción penal extraterritorial sobre la base de una obligación internacional, sino de manera facultativa y con el fin de contribuir a disminuir el cerco de impunidad. De esta manera el Estado en el que se halle el presunto infractor que ha cometido un crimen internacional en el territorio de un tercero puede ejercer su jurisdicción penal voluntariamente, sin estar obligado a ello salvo que convencionalmente se le exija su ejercicio.

Segunda. En el marco del ER, este instrumento también ha sido objeto de debate en términos del alcance de la obligación de represión a la que hace referencia su preámbulo. Aunque algunas voces han defendido la existencia de esta obligación en el tratado, éste no contiene ninguna disposición operativa que obligue a los Estados en este sentido, sino que refleja la obligación que, en virtud del Derecho convencional o del Derecho consuetudinario, éstos ya tenían con anterioridad a la ratificación del ER. De este modo, el principio de complementariedad sobre el que se erige el tratado no prevé la creación e imposición de una norma que obligue a los Estados parte, sino que se asienta sobre la idea de que serán los Estados quienes en primer lugar y en virtud de sus obligaciones internacionales, asuman la responsabilidad de enjuiciar a los responsables.

A pesar de que el carácter *ius cogens* de los crímenes internacionales previstos en el ER es ampliamente aceptado y que en virtud del mismo todo Estado debería perseguirlos, la CPI no cuenta con mecanismos para forzar a los Estados a ejercer su jurisdicción penal. Ahora bien, la inexistencia de mecanismos de ejecución en el tratado no debería llevarnos a concluir que los Estados parte se adhirieron sin obligaciones previas, pues la obligación de juzgar los hechos ocurridos en sus territorios precede al ER. En la medida en que la CPI no puede forzar a los Estados a actuar, ésta depende de que el Estado territorial, o en su defecto algún otro Estado con interés en juzgar los hechos ya sea por compartir algún nexo con los mismos o porque recurre a la jurisdicción universal, investigue y juzgue, pues de lo contrario, su intervención se presenta como la única vía para impartir justicia ante estas atrocidades tan frecuentemente ignoradas en sede nacional, sin olvidar que cuando un Estado incurre en

Conclusiones

responsabilidad internacional, el Derecho Internacional dispone de mecanismos para afrontar esa situación aunque no se utilicen.

Esta cuestión está íntimamente ligada al debate en torno a la adaptación de las legislaciones nacionales a los crímenes internacionales previstos en el ER. Si bien es cierto que este tratado no contiene ninguna obligación explícita respecto a la adaptación o incorporación del mismo a nivel nacional, lo cierto es que si su mandato descansa en la idea de que son los Estados los responsables primarios de depurar responsabilidades penales a nivel estatal, éstos deben adaptar sus sistemas penales con el fin de dotarse de la competencia necesaria para juzgar estos crímenes y evitar que la CPI intervenga. Asimismo, el ER no exige a los Estados adaptar sus normas con arreglo a lo previsto en el ER, únicamente les alienta a que incorporen estos tipos penales en su Derecho interno para que los tribunales domésticos puedan juzgar estas conductas con arreglo a la naturaleza de las mismas, sirviendo su texto como guía. La adaptación por tanto, viene de la mano de la obligación preexistente de reprimir los crímenes internacionales en sede nacional. El desarrollo de estos tipos penales en virtud del Derecho Internacional Penal no fue previsto únicamente para que éstos fueran plasmados en convenciones, sino para ser aplicados por los jueces nacionales.

Instrumentos internacionales que recogen la obligación de juzgar del Estado territorial como el Convenio contra el genocidio o la eventual obligación de juzgar extraterritorialmente en el caso de otros tratados como los Convenios de Ginebra, exigen su incorporación a la legislación nacional. La duda podría ponerse sobre los crímenes contra la humanidad en la medida en que carecen de un tratado internacional que exija su incorporación a la normativa estatal. No obstante, resulta cuestionable que un Estado parte en el ER justifique su inacción con respecto a esta categoría precisamente con la inexistencia de un tratado que imponga la obligación de incorporar estos crímenes. Dado que responden a atrocidades que atentan contra intereses globales, los Estados deben sancionarlos conforme a la gravedad que ostentan y para ello la adaptación e incorporación normativa resulta indispensable, con independencia de que el ER no imponga una obligación explícita en tal sentido. De este modo, con la adaptación y aplicación de la legislación nacional que contemple estas tres categorías de crímenes los Estados no sólo hacen más improbable la intervención de la CPI, sino que, lo que es más importante, adquieren competencia para juzgar debidamente estas atrocidades y cumplir así con sus obligaciones internacionales.

Tercera. Adentrándonos en el ámbito material de los crímenes del ER, la primera aproximación de la CPI al crimen de genocidio muestra un tibio desarrollo del mismo pero no por ello irrelevante. Dado que aún no ha tenido ocasión de abordarlo salvo en el caso *Al Bashir*, no resulta sorprendente que persistan numerosos interrogantes y cuestiones sin resolver en cuanto a aspectos interpretativos y de aplicación, cuestiones que lógicamente no podrán abordarse si no es a través de la futura práctica. Y es que, pese a su promulgación en 1948, adolece de una práctica jurisprudencial sólida, ya que ni siquiera los tribunales *ad hoc*, a pesar de su valiosísima labor, despejaron todas y cada una de las dudas que la aplicación del tipo plantea. Sin embargo, el acercamiento de la CPI al crimen revela la existencia de una cuestión clave en el análisis del crimen como es el contexto genocida. La introducción de un elemento contextual a través de los Elementos de los Crímenes adoptados en 2002 requiere evaluar el genocidio desde la perspectiva de una campaña o plan dirigido a destruir total o parcialmente al grupo, distanciándose así del enfoque tradicional según el cual, un solo individuo puede cometer genocidio mientras tenga el *dolus specialis* exigido. Si bien la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio ni el propio art. 6 del ER recogen un contexto en el tipo penal, lo cierto es que la naturaleza de este crimen requiere, en la práctica totalidad de los casos, una estructura o plan para poder implementarlo. Resulta difícil concebir la materialización del crimen sin la existencia de una política, plan o campaña orquestada desde los altos poderes, generalmente estatales, así como también resulta prácticamente imposible probar la intención genocida de un individuo en ausencia de un plan o estructura que instigue los actos en cuestión, salvo que posea los medios necesarios para llegar a cometer el crimen, como armas de destrucción masiva.

Los tribunales *ad hoc* no adoptaron ningún elemento contextual ni en sus Estatutos ni en su jurisprudencia, pero hicieron un reiterado hincapié en que si bien la existencia de un plan para destruir al grupo no constituye un elemento del genocidio, su comisión resulta improbable en ausencia del mismo, al tiempo que ha señalado que la existencia de un plan podría ser determinante para probar la intención genocida. De hecho, la dificultad de probar el *dolus specialis* es lo que en gran medida dificulta determinar la existencia del crimen. En virtud de ello, la introducción de un contexto, por el que se exige que los actos genocidas sean cometidos en el marco de una campaña o plan, viene a plasmar estas cuestiones y la realidad misma del crimen: salvo el supuesto excepcional en el que un individuo posea los medios

Conclusiones

necesarios para cometer por sí mismo un genocidio, nos encontramos ante un crimen de carácter colectivo y sustentado por una estructura. En el caso *Al Bashir* la CPI aplicó este contexto para determinar la posible existencia de una campaña genocida orquestada por el gobierno sudanés con el fin de atribuir la responsabilidad penal individual que correspondería al presidente, un desvío de la literalidad del tipo penal que ha sido criticado por no atenerse a lo dispuesto en la norma convencional ni en el Derecho Internacional consuetudinario.

Sin embargo, consideramos que hay motivos suficientes para legitimar este “desvío”, ya que, como decimos, la jurisprudencia muestra que el elemento contextual suele concurrir, de modo que este crimen se comete de forma colectiva, ideado e impulsado desde las autoridades y ejecutado directamente por individuos de bajo rango. En lo que a la responsabilidad penal individual se refiere, la existencia de una estructura formada por diferentes cargos y jerarquías implicaría aplicar un test dual respecto al crimen. A los “cerebros” de la campaña se les aplicaría el enfoque basado en el propósito, es decir, debe demostrarse que poseen la intención de destruir al grupo total o parcialmente, lo que no resulta difícil si se prueba la existencia de una campaña genocida dirigida a tal fin. A los ejecutores directos y de bajo rango, en cambio, se les aplicaría el enfoque basado en el conocimiento, mediante el cual, únicamente se les exigiría tener conocimiento de que sus actos formaban parte de dicha campaña o plan, a pesar de que individualmente no compartan la intención genocida de quienes la dirigen. De esta manera, ambas figuras serían responsables como autores principales del crimen. Sin embargo, por ahora, la CPI se ha alejado de este enfoque basado en la estructura, exigiendo, como tradicionalmente se viene haciendo, probar la intención genocida en todos los casos, sea cual sea el rango que ostenta el presunto criminal.

En relación a los sujetos protegidos por el crimen de genocidio y a los actos materiales, la jurisprudencia de la CPI es aún muy temprana y limitada para poder extraer de su práctica criterios de interpretación sólidos. La identificación del ‘grupo étnico’ como grupo protegido se ha llevado a cabo a en aplicación de un enfoque objetivo, dejando así de lado el criterio subjetivo, según el cual, la identificación de las víctimas con uno de los grupos protegidos se basaría en la apreciación que el autor genocida tenga de las mismas. De esta manera, la CPI parece haber obviado el enfoque mixto que ya comenzó a dibujarse en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y que está adquiriendo un creciente apoyo en la doctrina. Asimismo, los actos materiales intepretados hasta el momento presentan algunas ambigüedades, como

sucede con los actos de ‘lesión grave a la integridad física y mental de los miembros del grupo’ y con los actos de ‘sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial’. Sin embargo, estas carencias no se deben sino a la inexperiencia de la CPI con respecto a este crimen, y qué duda cabe, al hecho de que el proceso esté paralizado debido a que el único imputado por genocidio como es el presidente sudanés, continúa sin responder a la justicia. De no ser por este enorme obstáculo, es más que posible que actualmente la CPI dispusiera de un desarrollo mucho mayor con respecto al genocidio. Ahora bien, estas dificultades no deberían desalentar a la CPI a presentar futuros cargos por genocidio si las circunstancias lo requieren, ni tampoco restar valor al resto de crímenes internacionales recogidos en el ER allá donde la imputación de este crimen no sea posible.

Cuarta. Además del genocidio, otro de los pilares básicos del Derecho Internacional Penal lo componen los crímenes contra la humanidad, crímenes que a pesar de no disponer de un tratado internacional autónomo que los regule y de haber sufrido una regulación diseminada, han experimentado un notable desarrollo en las últimas décadas de la mano de los tribunales *ad hoc*, primero, y de la CPI, en la actualidad. Por el momento el ER es el instrumento internacional más exhaustivo en lo que a la definición y contenido de los tipos penales se refiere, ya que si bien los Estatutos de los mencionados tribunales contribuyeron enormemente a reforzar el carácter consuetudinario de su criminalización, éstos ofrecían una regulación dispersa, limitación que se subsanó mediante el art. 7 del ER.

Con respecto a esta cuestión, es de destacar la relevancia que han adquirido los elementos contextuales incorporados en el ER y desarrollados en los Elementos de los Crímenes, sin los cuales, los actos prohibidos en el art. 7 del ER no constituyen crímenes contra la humanidad. El objeto de su introducción en la norma no es otro que evitar que los actos aislados e inconexos puedan considerarse crímenes internacionales, ya que es el contexto de su comisión los que los dotan de la gravedad necesaria para distinguirlos de la criminalidad común. La jurisprudencia de la CPI ha desarrollado enormemente estos elementos, aunque el relativo a ‘la política de un Estado u organización’ es sin duda el que más controversia ha generado. Sabido es que los actos materiales deben cometerse en el contexto de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil; sin embargo, para poder determinar la existencia de dicho ataque, previamente se requiere analizar la existencia de una política que

Conclusiones

vincule aquellos actos múltiples que han ocasionado una pluralidad de víctimas. En este contexto, mucho se ha debatido, y cuestionado, la necesidad de incluir el elemento de la política como parte del análisis, ya que como adelantábamos, se trata de un requisito inexistente hasta la adopción del ER. No obstante, este elemento no sólo debe tenerse presente por exigencia convencional, sino que guarda un papel esencial en la determinación de la existencia misma de crímenes contra la humanidad.

La jurisprudencia temprana de la CPI dio muestra, a nuestro juicio, de alguna inexactitud, pues equiparaba erróneamente este concepto con el de sistematicidad, cuando realmente, cada uno de los términos responde, como bien ha corregido la propia CPI, a una fase diferente del análisis del contexto de comisión. La práctica reciente, por el contrario, ha dado respuesta a lo que debe entenderse por ese incierto concepto de ‘política’, concluyendo que la función de la misma es descartar los actos de naturaleza espontánea, para lo cual, bastará con deducir de los hechos una línea de conducta que permita concluir que el Estado u organización que la promueve tiene por objetivo atacar a la población civil. Dado que los crímenes contra la humanidad ostentan una naturaleza colectiva por cuanto requieren una escala y una dimensión asociativa, el ataque en el que se insertan los actos podrá ser generalizado o sistemático, o ambos, pero en cualquier caso necesita de este elemento, ya que sin él no cabe hablar de la existencia de un ataque. Una vez constatada por tanto la política, podrá calificarse aquél, entre otros criterios, en función del número de víctimas o patrones de conducta adoptados. Se trata, en definitiva, de un elemento indispensable y ya consolidado en el estudio de los crímenes contra la humanidad.

Al hilo de este elemento contextual, tampoco ha escapado al debate la naturaleza de la organización que, a tenor de lo dispuesto en el ER, puede adoptar la política de dirigir un ataque contra la población civil. Si bien es cierto que tradicionalmente los crímenes contra la humanidad se han relacionado con crímenes de Estado, la realidad revela la creciente aparición de entidades no estatales desde la última década del siglo XX hasta nuestros días, actores con la capacidad de cometer estas atrocidades sin la necesidad de un vínculo con el Estado. En este sentido, la jurisprudencia muestra que esta cuestión resulta especialmente controvertida en aquellos contextos en los que se cometan crímenes contra la humanidad en ausencia de un conflicto armado, como ha sido el caso de Kenia. En las situaciones restantes en las que la CPI está investigando y juzgando estos crímenes puede contatarse la existencia

Conclusiones

de conflictos armados, contextos en los que los grupos armados de la oposición o actores no estatales han mostrado ser capaces de cometer estas atrocidades por tratarse de organizaciones estructuradas y dotadas de los medios necesarios para tal fin. No obstante, a pesar de las dificultades de determinar cuándo se está ante una organización en los términos del art. 7 del ER en tiempo de paz, la CPI viene adoptando una interpretación amplia, y a nuestro juicio acertada, de lo que debe entenderse como tal.

De este modo, a la luz de la práctica reciente, cualquier entidad dotada de los recursos, medios y capacidad suficientes para llevar a cabo una operación que implique la comisión múltiple de actos podrá ser una organización a efectos del art. 7 del ER, de manera que sólo necesitará poseer una estructura mínima pero lo suficientemente eficaz para promover un ataque contra la población civil. De esta manera la CPI se desmarca de la línea jurisprudencial minoritaria y de la corriente doctrinal que se postula a favor de una interpretación restrictiva del concepto de organización como entidad cuasiestatal. Consideramos por tanto que no cabe justificar la limitación del concepto de organización excluyendo todas aquellas que no estén estructuradas de una manera semejante a un Estado, ya que en virtud de los elementos contextuales, bastará con que pueda lanzar un ataque contra la población civil. En cualquier caso la evaluación de la entidad con arreglo al ER deberá realizarse caso por caso y será la práctica futura de la CPI la que progresivamente aporte más luz a esta cuestión.

Los elementos contextuales de los crímenes de guerra han producido un menor debate en la medida en que el ER no incorpora grandes cambios con respecto a su aplicación. A modo de novedad cabe destacar el umbral establecido en el art. 8(1) del mismo, según el cual la CPI debe centrar su atención en aquéllos crímenes de guerra que considere más graves, algo que los Estatutos de los tribunales internacionales previos no contemplaban. Sin embargo, en la práctica este umbral está carece de relevancia y podría decirse que, en esencia, es ignorado tanto por la Fiscalía como por los jueces. Respecto al resto de elementos, dado que el ER recoge la distinción entre un conflicto armado internacional y un conflicto armado interno, la distinción de ambos continúa siendo de vital relevancia en su jurisprudencia, cuestión en la que la CPI se apoya en lo dispuesto por los tribunales internacionales *ad hoc* y muy especialmente el TIPY. El hecho de que varios de los tipos penales previstos en el art. 8 del ER se sancionen con definiciones idénticas como conductas cometidas en un conflicto internacional y en un conflicto interno exige que antes de su aplicación la CPI determine el

tipo de conflicto en el que ha sido cometido. Tratándose de la misma conducta y misma definición penal, la necesidad de calificar el conflicto de uno u otro modo puede resultar un sinsentido en estos casos, pero lo cierto es que en la medida en que el ER contemple esta distinción, la CPI se ve obligada a realizar a diferenciarlos y a fijar los criterios para ello. Si bien por ahora todos los conflictos armados con los que la CPI ha lidiado son de carácter interno, el inicio de investigaciones en Georgia abren la puerta a un conflicto internacional de gran calado que además implica a un Estado no parte en el ER, lo que obligará a la CPI a sentar los criterios para su definición.

Quinta. En el ámbito de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, destaca muy positivamente el desarrollo que la CPI viene realizando en los últimos años respecto al enjuiciamiento de la violencia sexual y de género, un tipo de violencia que si bien históricamente ha estado presente en la práctica totalidad de los conflictos armados, ha sido largamente ignorada por la justicia internacional penal. Los tribunales *ad hoc* comenzaron a visibilizarla a través de su jurisprudencia, pero sus instrumentos seguían siendo limitados en cuanto a contenido y definición. El ER se erige como la normativa internacional más exhaustiva en lo que a los crímenes sexuales y de género se refiere debido al amplio espectro de conductas de esta naturaleza que sanciona, de entre las cuales, algunas incluso no habían sido criminalizadas explícitamente con carácter previo como es el caso del crimen de embarazo forzado. Los actos prohibidos como crímenes contra la humanidad en el art. 7 y como crímenes de guerra en el art. 8 son idénticos, variando únicamente el contexto en el que sean cometidos, de ahí su tratamiento conjunto. En relación a su sanción como crímenes contra la humanidad, la inclusión de los múltiples tipos en el art. 7 del ER supone un enorme avance en la codificación de las conductas criminales de carácter sexual como integrantes de esta categoría de crímenes internacionales y en lo que a los crímenes de guerra se refiere, el art. 8 del ER equipara estos crímenes a las infracciones graves de lo Convenios de Ginebra, lo que en la práctica permite considerar cualquiera de los actos prohibidos de índole sexual un crimen de guerra de igual gravedad que aquéllas. Asimismo, la introducción del componente de ‘género’ en el ER permite abordar estos crímenes de manera más amplia atendiendo a las desigualdades y a los roles socialmente construidos, cuestión esencial en el análisis de los crímenes de violencia sexual en la medida en que éstos afectan mayoritariamente a las mujeres y niñas.

Conclusiones

La postura mantenida por la CPI en relación a esta violencia ha sido pasiva a lo largo de la primera década de su actividad, algo inevitablemente criticable considerando las opciones que la misma ha tenido para abordar estos crímenes en varias de las investigaciones y casos abiertos, ante los cuales, o bien se optó por no imputar al acusado por este tipo de violencia, o bien los casos se construyeron inadecuadamente impidiendo así la obtención de condenas en este sentido. Sin embargo, a pesar de este balance negativo, la CPI finalmente parece haber fortalecido su compromiso con los crímenes de violencia sexual y de género desde la toma del cargo de la actual fiscal Bensouda, marcando este evento un punto de inflexión en su enjuiciamiento. Desde entonces, ha visto la luz la primera condena por violación, calificada como crimen de guerra y crimen contra la humanidad y asimismo, se esperan varias condenas en relación a crímenes sexuales y de género en las próximas sentencias. Al hilo de esta cuestión, cabe destacar muy positivamente el reciente criterio adoptado por la actual fiscal en virtud del cual las imputaciones de crímenes de carácter sexual y de género se realizarán de manera conjunta y autónoma. Esto ya ha sido llevado a la práctica en el caso *Ntaganda* o en el caso *Ongwen*, en los que los cargos de carácter sexual y con componente de género se han incluido de forma diferenciada en el acta de acusación y han sido analizados como categoría individualizada por los jueces, lo que sin duda promueve la visibilidad de esta violencia y la gravedad de la misma.

Respecto a los crímenes sexuales específicos abordados por la CPI, el análisis del crimen de violación se desmarca de la jurisprudencia previa de los tribunales *ad hoc* rechazando la falta de consentimiento de la víctima como elemento del crimen y adoptando la fuerza o la coacción como elemento material central del mismo. De esta manera, considerando el contexto de violencia en el que se comete la violación, ya sea como crimen contra la humanidad o como crimen de guerra, el foco de la definición y del análisis se sitúa en la conducta objetiva del autor y no en la voluntad de la víctima, que como decimos, a tenor del contexto, se dará por inexistente. Igualmente positiva es la contribución de la CPI al desarrollo de los crímenes internacionales de violencia sexual y de género mediante la imputación, por vez primera, de los cargos de matrimonio forzado y embarazo forzado. El primero comenzó a desarrollarse en el TESL y pese a no disponer de un tipo propio en el ER, esto no ha impedido a la Fiscalía su imputación como crimen contra la humanidad bajo el paraguas de ‘otros actos inhumanos’ con arreglo al art. 7(1)(k) del ER. A pesar de la postura favorable a juzgar este crimen como esclavitud sexual, consideramos correcto el tratamiento

dado al mismo por la CPI, ya que del análisis del crimen cabe deducir que no se trata de una conducta eminentemente sexual. Sin embargo, esta consideración no impide que junto a este cargo se impute la violación, la esclavitud sexual o la tortura entre otros, crímenes frecuentemente cometidos en el seno de un matrimonio forzado.

El embarazo forzado por su parte, se presenta de forma igualmente embrionaria o incluso más si cabe, que el matrimonio forzado, ya que este crimen fue recogido por vez primera como crimen internacional en el ER, de manera que la CPI no dispone de jurisprudencia internacional previa por la que guiarse. En cualquier caso se trata de un crimen internacional en virtud de este tratado y es de celebrar que la Fiscalía diera el gran paso de activarlo, aunque aún sean muchas las cuestiones sin resolver que este tipo penal plantea. Finalmente, cabe destacar el avance más reciente de la CPI en materia de crímenes sexuales en el que, desviándose de la aplicación tradicional del DIH, ha confirmado los cargos de violación y esclavitud sexual cometidos contra niñas soldado por parte de miembros de su mismo grupo armado. Se trata sin duda de algo novedoso en la justicia internacional penal, no sólo por ser la primera vez que la CPI aborda la violencia sexual cometida contra niñas soldado, sino porque además no estamos ante la aplicación clásica del DIH, en virtud de la cual, las víctimas o bien son civiles o bien pertenecen al grupo adversario en el conflicto. Es una aproximación progresista y desde luego basada en el afán de extender la protección lo máximo posible ante la violencia sexual, algo que celebramos.

Sexta. Además de los avances en materia de Derecho Internacional Penal sustantivo, en el ámbito procesal también puede observarse un importante desarrollo práctico de los mecanismos del ER. La CPI no sólo es el tribunal internacional con mayor competencia material sobre crímenes internacionales gracias al exhaustivo instrumento que lo sustenta, sino que las vías de las que dispone para dotarse de competencia hacen de la misma un mecanismo de lucha contra la impunidad con un alcance cuasiuniversal. Por consiguiente, si bien es cierto que su objetivo no es sustituir a las jurisdicciones nacionales sino suplir sus deficiencias cuando éstas no impartan justicia, las modalidades de activación de la competencia le permiten juzgar crímenes cometidos tanto en el territorio de Estados parte en el ER como en terceros Estados.

Conclusiones

Así pues, destaca el uso de las autorremisiones de los Estados parte, un instrumento cuyo uso inicialmente no se vaticinaba y que ha resultado ser el único empleado en lo que a remisiones estatales se refiere. De este modo los Estados parte han presentado ante la CPI sus propias situaciones de conflicto, algo que si bien *a priori* podría calificarse como positivo, implica en la práctica una serie de cuestiones controvertidas. Por un lado, las autorremisiones están directamente vinculadas a la cesión voluntaria de la jurisdicción penal estatal a favor de la CPI, una práctica que podría resultar perjudicial en aquellos casos en los que los Estados, aun pudiendo llevar adelante procedimientos internos, opten por dejar esta labor en manos de aquélla, desatendiendo así su deber de perseguir los crímenes cometidos en sus territorios. Por otro lado, este mecanismo puede ser impulsado por la intención del Estado remitente de dirigir los procesos en La Haya hacia grupos armados irregulares o actores no estatales, es decir, en una pretensión de instrumentalizar a la CPI con el fin de que ésta no centre su atención en las acciones gubernamentales. Y es que esta práctica más que avalada por la CPI y consolidada en su jurisprudencia, se ha traducido en la ausencia de procesos penales respecto a miembros de los gobiernos remitentes pese a la constancia de la comisión de crímenes por parte de éstos, pues todos los casos derivados de autorremisiones los protagonizan, por ahora, líderes de grupos rebeldes.

Sin embargo, de lo expuesto no cabe afirmar categóricamente que las autorremisiones deban juzgarse negativamente en todos los casos, ya que en efecto, éstas han contribuido enormemente al desarrollo jurisprudencial y a las primeras sentencias condenatorias. Asimismo, tampoco cabría calificar de sesgada toda autorremisión sin más consideraciones, ya que a una posible intencionalidad en ese sentido debe sumarse, en ocasiones, la imposibilidad real de llevar adelante procesos internos de forma adecuada, algo que en vista de los conflictos que atraviesan los Estados parte remitores no es un escenario irreal en sí mismo. En cualquier caso, esta controversia que exponemos en relación a la instrumentalización será realmente visible cuando la CPI opte por investigar no sólo a miembros de grupos rebeldes, sino también a autoridades estatales.

De este modo, aún debe presentarse el escenario en el que la CPI dé un paso más y comience procesos penales contra altos cargos gubernamentales o líderes de fuerzas armadas estatales en cumplimiento de su reiterada premisa, según la cual, su selección de casos responde a criterios de objetividad e imparcialidad y no excluye a ningún sujeto. No cabe

duda de que un movimiento en tal sentido generaría enormes dificultades a la CPI, esencialmente, en términos de cooperación, ya que una vez implicado en un proceso penal, el Gobierno afectado muy probablemente rehuse colaborar. Sin embargo, dado que los crímenes internacionales cometidos por los Estados no deben quedar impunes, y dado que difícilmente serán juzgados en sede nacional, la CPI se erigiría en estos escenarios como la única alternativa viable para hacer justicia a las víctimas. En este sentido por tanto, aún resta por ver si la CPI podrá desplegar su potencial cuando sean los propios Gobiernos de los Estados parte los que se sitúen en el punto de mira de aquélla y de este modo puedan verse afectados sus intereses políticos.

Séptima. Al hilo precisamente de los intereses políticos, la segunda vía de activación, que es la impulsada por el CS, no merece a nuestro juicio una valoración positiva. Si bien se intuía útil para dotar a la CPI de competencia sobre crímenes internacionales cometidos en aquellos Estados ajenos al ER que supongan una amenaza a la paz y seguridad internacionales, la realidad muestra la compleja interrelación entre los intereses de un órgano como es el CS, con tres de sus miembros permanentes en calidad de Estados no parte en el ER y de gran peso en la esfera internacional como son Estados Unidos, China y Rusia y los intereses de la CPI como organización judicial. Es cierto que sería ingenuo afirmar que la última desarrolla su mandato completamente ajena a la política internacional, pues son los propios Estados los que la han constituido y la han dotado de potestad para desarrollar su mandato con el alcance y las limitaciones que ellos mismos han acordado atribuirle. Sin embargo, los poderes otorgados al CS en el ER no han sido empleados con el fin de fortalecer a la CPI y de contribuir a la lucha contra la impunidad, pues las dos resoluciones remitidas hasta la actualidad en relación a Sudán y Libia muestran que la concesión de la competencia se ha hecho a un alto precio.

Primero, porque los textos de las mismas blindan a los nacionales de Estados no parte en el ER del alcance de la CPI, una condición d dudosamente legal impuesta por Estados Unidos sin la cual ninguna de las resoluciones hubiera salido adelante. Y es que, pese a los amplios poderes que el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas otorga al CS, es discutible que limitaciones de ese tipo sean compatibles con el objetivo de impulsar la justicia internacional penal. Segundo, porque las resoluciones impusieron toda la carga económica de las investigaciones y los procesos penales a la CPI, cuestión que a nuestro entender es muestra de una clara falta de compromiso de las grandes potencias de permitir el desarrollo eficaz del

Conclusiones

mandato de la CPI, pues sabido es que su presupuesto es reducido y que debe atender numerosas investigaciones, no únicamente las resultantes de remisiones del CS. Junto a estas consideraciones relativas a las dos resoluciones de activación, el fracaso de la resolución de remisión sobre Siria muestra la escasa voluntad del CS ante la opción de permitir que la CPI depure responsabilidades sobre las atrocidades que se están cometiendo en este país desde hace ya seis años cuando los intereses nacionales de los Estados con derecho de veto se ven afectados. Resulta evidente por tanto que estos obstáculos supeditan la justicia a consideraciones políticas de los miembros permanentes en el CS, haciendo de la CPI un tribunal vulnerable en estos contextos cuando debería ser lo contrario. Sin embargo, las limitaciones que ésta afronta tanto en relación a las situaciones remitidas por el CS como en relación a los crímenes internacionales de su competencia cometidos en territorios ajenos al ER no le son imputables a ella, sino al poder que la propia Carta de Naciones Unidas otorga a este órgano, un poder que en el sistema de activación de la competencia de la CPI refleja por ahora una práctica, si no perversa, sí al menos muy cuestionable si su presunta finalidad es contribuir a poner fin a situaciones de amenaza a la paz y seguridad internacionales.

Ocatava. A diferencia de lo que inicialmente se esperaba, la activación *motu proprio* de la competencia por parte de la Fiscalía no ha protagonizado la actividad de la CPI, pues ésta únicamente ha sido empleada en tres ocasiones. Este mecanismo permite al tribunal iniciar investigaciones en territorios de Estados parte en los que bien se hayan cometido o bien se estén cometiendo crímenes de su competencia en ausencia de remisiones estatales o del CS. Sin embargo, requiere la autorización judicial para proceder y en este sentido, la escasa experiencia hasta el momento muestran varias lagunas y contradicciones procesales que deberán subsanarse en la práctica futura. Por un lado, destaca la ausencia de criterios uniformes en la evaluación judicial dirigida a autorizar la apertura de una investigación. Dado que este procedimiento se lleva adelante en una fase muy temprana— una vez la Fiscalía, tras el examen preliminar correspondiente, determine que hay indicios suficientes para considerar que la situación merece una investigación formal—, no cabe esperar que la solicitud de autorización recoja información y material probatorio exhaustivos. Así pues, el debate gira en torno al modo en el que deben abordarse estas solicitudes de la Fiscalía, ya que mientras algunos jueces han estimado que su análisis únicamente debe servir para descartar la politización y el abuso por parte de la Fiscalía, lo que implica un examen flexible, otros han manifestado su oposición a esta postura, abogando por una evaluación rigurosa del material

Conclusiones

presentado. Si bien hasta el momento todas las solicitudes han sido autorizadas, la falta de unanimidad en cada una de las decisiones judiciales señala la ausencia de criterios claros y uniformes, cuestión que únicamente puede ser resuelta mediante un mayor desarrollo jurisprudencial.

Por otro lado, este mecanismo destinado a las investigaciones iniciadas *motu proprio* también es el empleado en aquellos casos en los que la CPI recibe declaraciones de aceptación de la competencia al amparo del art. 12(3) del ER. Este instrumento se diseñó para posibilitar a terceros Estados someterse a la CPI de manera voluntaria y con respecto a una situación concreta sin la necesidad de ratificar el ER, lo cual amplía de manera considerable su margen de actuación. En la práctica, las condiciones bajo las que se ha recurrido a este instrumento han sido diversas, ya que, de un lado, este tipo de declaraciones han sido presentadas tanto por Estados no parte como por Estados parte que buscaban mediante la misma ampliar la competencia temporal de la CPI, y de otro, el contenido de las propias declaraciones ha sido muy dispar. Este instrumento no obliga a la Fiscalía a iniciar una investigación salvo que lo considere apropiado en virtud de los hechos, y de hecho, por ahora, una declaración de esta naturaleza tan sólo ha dado inicio a la investigación en el caso de Costa de Marfil, que si bien éste es un Estado parte, la investigación se inició antes de la ratificación del ER. Las declaraciones de aceptación restantes continúan en fase de examen preliminar a la espera de que este órgano determine si proceder o no.

En este contexto, el caso de Palestina muestra lo que a nuestro modo de ver ha sido una desafortunada gestión de la situación generada al amparo de la disposición mencionada. La declaración remitida en 2009 a la CPI por este Estado, cuyo fin no era otro que hacer competente a la misma para que investigara y juzgara las atrocidades cometidas en territorio palestino en el marco de la operación *Operación Plomo Fundido*, fue rechazada por la Fiscalía al considerar que el estatus de Palestina en aquél momento era incierto, dado que, según expuso, únicamente los Estados pueden remitir declaraciones válidas con arreglo al ER. No obstante, consideramos que ésta no estuvo a la altura de las circunstancias, no sólo porque le llevo un período de tres años adoptar una decisión al respecto, sino porque puso en manos de Naciones Unidas esta controvertida cuestión de la estatalidad palestina, cuando durante ese plazo se dieron las circunstancias que hubieran permitido o bien avalar la declaración, o bien, al menos, adoptar una decisión más razonada. La admisión de Palestina como Estado

observador no miembro en Naciones Unidas en 2012 permitió que ésta emitiera primero una nueva declaración de aceptación de la competencia sobre la base del art. 12(3) del ER y que un día después manifestara su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto. De este modo, en adelante, la CPI puede intervenir en relación a los crímenes cometidos en este Estado. Sin embargo, el precedente marcado por la declaración de 2009 muestra que, a menos que la CPI cambie de criterio, los crímenes cometidos en territorios cuya estatalidad se discute no serán investigados en La Haya.

Novena. La actuación *ultima ratio* de la CPI que se rige por el principio de complementariedad en virtud del cual ésta iniciará procesos penales cuando el caso concreto no haya sido juzgado en sede nacional o cuando, habiendo procesos penales internos en marcha, se constate que éstos o bien no persiguen una auténtica depuración de responsabilidad penal del individuo, o bien resultan en la incapacidad estatal para llevarlos a buen término. Siendo por tanto uno de los pilares que sustentan la actividad del tribunal, la jurisprudencia ha tenido ocasión de desarrollar el análisis de complementariedad en profundidad, aunque no por ello pueda concluirse que haya adoptado criterios unificados al respecto. Determinar que un caso en sede nacional y un caso ante la CPI son idénticos podría llevar a ésta a concluir la inadmisibilidad del mismo y para realizar tal constatación la CPI viene adoptando, desde su más temprana jurisprudencia, el estándar de la ‘misma persona/misma conducta’, según el cual, tanto acusado como conducta deben coincidir en ambas instancias para que los Estados puedan evitar la intervención de la CPI.

Las autorremisiones iniciales dieron pie a la construcción jurisprudencial de este criterio que en la práctica ha resultado ser controvertido, ya que éste exige a los Estados no sólo que sus procesos penales impliquen a los mismos acusados, requisito que entendemos lógico, sino que exige, además que las conductas imputadas e investigadas sean las mismas que las recogidas en el acta de acusación de la Fiscalía. En los casos derivados de autorremisiones esta cuestión no ha generado ningún conflicto con respecto a los Estados en la medida en que en estas situaciones los remitores solicitaban y asumían la intervención de la CPI sobre los casos que pudiera iniciar ésta; sin embargo, el resultado no ha sido el mismo en aquellos contextos en los que ésta se ha enfrentado a la oposición del Estado a través de impugnaciones de la admisibilidad. En este sentido, para dar por válido un proceso interno e inhibirse respecto de un caso—no olvidemos que es la CPI a quien compete valorar y validar

la acción estatal para determinar la admisibilidad del mismo—las exigencias que por ahora ha planteado la CPI a los Estados podrían considerarse excesivas en términos de una intervención complementaria a la que teóricamente la CPI debe obedecer, ya que dicho estándar mina enormemente la autonomía de las fiscalías nacionales en el proceso de construcción de casos.

En ciertos contextos como el libio, la aplicación de este requisito ha llevado a considerar que los esfuerzos nacionales invertidos en uno de los procesos penales no eran suficientes para determinar que el Estado estaba investigando el mismo caso y por tanto insuficientes para que la CPI se inhibiera, a pesar de que las pruebas aportadas al respecto indicaran que en efecto el proceso estatal cubría prácticamente los mismos hechos y conductas que las alegadas por la Fiscalía. Así pues, cuando un Estado en virtud de una autorremisión rehusa ejercer su jurisdicción penal y deja ésta en manos de la CPI—práctica más que cuestionable a la luz de la obligación estatal de reprimir los crímenes internacionales y que la CPI debería reconsiderar cuando no obedezca a una incapacidad estatal de enjuiciar—, a menos que mediante su intervención el tribunal atente contra los intereses gubernamentales, la impugnación no vendrá de la mano del Estado afectado, sino en todo caso, del acusado. Sin embargo, es precisamente en aquellos contextos en los que el Estado muestra su voluntad de ejercer su soberanía y presenta pruebas de ello en los que este criterio se vuelve pernicioso y quizás incluso abusivo, ya que en la práctica obstaculiza cualquier intento estatal de llevar adelante el caso a menos que éste cumpla estrictamente con lo dispuesto por la CPI, desvirtuando a nuestro juicio el propio principio de complementariedad.

Décima. Uno de los pronunciamientos más interesantes de la CPI en relación al análisis de admisibilidad es el relativo a la calificación jurídica de los hechos en sede nacional al valorar si un prodecimiento interno se corresponde con el procedimiento ante la CPI, cuestión directamente relacionada con lo expuesto en la conclusión segunda. La CPI parece cerrar el debate en torno a la obligación de adaptar las legislaciones nacionales al ER al admitir que un Estado puede juzgar conforme al derecho penal común una conducta prevista en el ER sin que ello suponga la admisibilidad del caso, algo que a nuestro juicio puede justificarse dada su imposibilidad de forzar a los Estados para ejercer la jurisdicción conforme a estos tipos penales. De este modo, si un Estado que pretende juzgar no dispone de la legislación sustantiva correspondiente a los crímenes del ER, en virtud de este posicionamiento, la CPI

dará por válido el proceso siempre y cuando, a pesar de desarrollarse bajo el derecho penal común, éste busque depurar responsabilidades penales y la pena resultante no sea manifiestamente injusta en vista de los hechos. Aunque no se trata del escenario deseable por cuanto un procedimiento así no reflejaría adecuadamente la gravedad de los hechos ni la naturaleza misma de los crímenes internacionales, en ausencia de una disposición en el ER que obligue a los Estados a juzgar conforme a este tratado y en virtud del carácter complementario de la CPI, ésta no puede sino inhibirse si considera que a pesar de la calificación jurídica el asunto que se dirime es el mismo. De esta manera, la CPI no se propone imponer sino alentar a los Estados para que sean éstos quienes, tras dotarse de las herramientas necesarias, puedan ejercer su jurisdicción penal y cooperar a nivel horizontal en la represión de los crímenes que no perjudican a un solo Estado de manera puntual, sino a toda la comunidad internacional. Sin embargo, si puede destacarse una obligación que el ER sí impone a los Estados parte es la de adaptar sus legislaciones nacionales con el fin de garantizar la cooperación vertical entre la CPI y el Estado, e impedir así cualquier obstáculo legal nacional que pudiera dificultar o imposibilitar la cooperación estatal exigida por la CPI.

Decimoprimera. En relación al análisis sobre la falta de voluntad o disposición estatal e incapacidad estatal que también abarca el principio de complementariedad, la práctica de la CPI es más exigua, ya que con arreglo al citado estándar, sólo se procede a determinar si un Estado no tiene voluntad o es incapaz de llevar adelante el proceso penal si previamente ésta ha dispuesto que el caso iniciado en sede nacional y el iniciado en La Haya es el mismo, conclusión a la que se ha llegado en contadas ocasiones. Sin embargo, la práctica existente hasta la fecha ha permitido a la CPI posicionarse en relación a cuestiones tan delicadas como es la pena capital y la tutela judicial efectiva. En este sentido, ha determinado que el hecho de que el proceso penal nacional prevea la pena máxima para el acusado o que el mismo proceso viole ciertos derechos y garantías del acusado, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, no son motivos para considerar que el Estado en cuestión no tiene voluntad o disposición de llevar adelante el proceso de forma auténtica, de manera que no se muestran como razones de peso para declarar la admisibilidad del caso. Si bien es cierto que la CPI es un foro en el que se juzgan crímenes internacionales y no violaciones de derechos humanos como tal, y que además el ER no impone ninguna obligación a los Estados respecto al sistema de sanciones, consideramos que establecer un estándar tan elevado debería ser motivo de reflexión en la futura jurisprudencia. La CPI no tiene la potestad ni la legitimidad para exhortar a un Estado a

Conclusiones

derogar la pena capital—pues de hecho sigue vigente en algunos Estados parte—, pero sí puede contribuir a disminuir su aplicación si ante casos que declara inadmisibles y que pueden desembocar en pena capital ésta supervisa adecuadamente el procedimiento nacional y solicita garantías a los Estados en ese sentido.

La incapacidad estatal, por su parte, ha sido relativamente sencilla de determinar en casos como el de Bemba, en el que la CPI constató sin grandes esfuerzos que el Estado carecía de los recursos necesarios para proceder al enjuiciamiento en sede nacional, sin que el Estado afectado opusiera la más mínima resistencia. Más complejo fue este análisis en relación al caso contra Al-Islam Gaddafi. El problema en este caso fue, y sigue siéndolo, que este acusado permanece bajo la custodia de la milicia de Zintan y el Gobierno libio no logra su entrega, una situación que a ojos de los jueces determinaba la incapacidad del Estado para llevar adelante el proceso.

Decimosegunda. La aplicación del principio *non bis in idem* aún debe materializarse en la práctica de la CPI y a la luz de acontecimientos recientes es posible que el primer pronunciamiento judicial sobre esta cuestión no se demore demasiado. Así, si bien por el momento no se han presentado impugnaciones sobre la base del art. 20(3) del ER en virtud del cual, la CPI no puede proceder al enjuiciamiento de una persona por hechos también prohibidos en los arts. 6, 7 y 8 del ER a menos que éste tenga por objetivo sustraer al acusado de su responsabilidad penal, los procesos penales recientemente desarrollados en Costa de Marfil podrían suponer la primera aproximación judicial de la CPI a este derecho fundamental. Considerando que el principio de complementariedad persigue alentar a los Estados en el desarrollo de procesos nacionales auténticos fortaleciendo de esta manera los poderes judiciales estatales, la CPI deberá valorar en qué medida un caso iniciado en La Haya y al que ha seguido un proceso penal interno respecto de la misma conducta debe mantenerse abierto en lugar de proceder a su terminación e inhibirse a favor del Estado.

En cierto modo, este escenario en el que un Estado obligado a entregar a un acusado a la CPI inicia un proceso penal en su contra no se prevé en el ER, sin embargo, las reglas a seguir son claras. Costa de Marfil tiene la obligación de entrega a Simone Gbagbo para ser enjuiciada en la CPI por crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en lugar de cumplir con su obligación de entrega, conducta en sí misma criticable, decidió iniciar un proceso en sede

nacional por los mismos hechos y calificación jurídica. A nuestro modo de ver, a menos que la CPI demuestre que, a tenor de lo dispuesto en el art. 20(3)(a) o (b) del ER, el Estado buscaba sustraer a la acusada de su responsabilidad penal, la CPI deberá dejar en manos del Estado el caso y darlo por finalizado, pues esto no supondría un fracaso sino todo lo contrario, supondría la primera manifestación de voluntad estatal de juzgar los crímenes de la CPI a nivel nacional, lo que sería un claro indicativo del buen resultado del principio de complementariedad en este contexto. No obstante, la monitorización y supervisión de la CPI resulta necesaria para adoptar una decisión al respecto.

Decimotercera. Con el fin de determinar si es competente en relación a una investigación o un caso concreto, el análisis de gravedad viene a constituir el segundo filtro en el test de admisibilidad, sumándose así al test de complementariedad. Como sabemos, este segundo umbral requiere no sólo que los crímenes que la CPI pretende juzgar sean de su competencia, sino que además revistan una gravedad excepcional, ya que como es lógico, este tribunal no puede hacer frente a todos los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o genocidios sobre los que tendría competencia en virtud del nexo territorial o de personalidad activa. Mediante este elemento la CPI centra su atención por tanto en aquellos contextos de máxima gravedad que no estén siendo objeto de investigaciones ni de procesos nacionales. Sin embargo, la ausencia de regulación y de directrices tanto en el ER como en las normas de la CPI, a excepción de una serie de criterios adoptados en 2009, ha hecho que sea la propia CPI quien mediante la práctica esté estructurando y dotando de contenido a este requisito estatutario.

Ahora bien, a pesar de que a menudo el umbral de gravedad se presente como un mero filtro legal de admisibilidad que Fiscalía y jueces deben valorar y aplicar de forma objetiva y, presuntamente, sin margen a la discrecionalidad, la realidad muestra que su aplicación es mucho más compleja, precisamente por tratarse de un concepto jurídico indeterminado cuya valoración entraña, por parte de la Fiscalía, consideraciones que van más allá de meras motivaciones legales y objetivas. Y es que, ciertamente, para este órgano no resulta nada sencillo decidir qué situación merece una investigación formal antes que otra, o cuándo, dentro de una situación en fase de investigación ante la CPI, un caso contra un individuo concreto merece más atención que otro en términos de gravedad. Aunque, las decisiones que adopta en este sentido son en cierta manera objetivas en atención a factores como la escala, la

Conclusiones

naturaleza de los crímenes, la manera de comisión de los mismos o el impacto, éstos no bastan por sí mismos para que la Fiscalía se decante por una situación o caso frente al abanico de posibilidades, sino que se ve obligada a valorar cuestiones como los recursos económicos o la viabilidad de la investigación o del caso entre otras, consideraciones por tanto subjetivas, lo que indica que por gravedad debe entenderse algo más que un filtro legal de admisibilidad, un filtro que también juega un papel esencial como elemento de política procesal de selección.

La jurisprudencia existente hasta la actualidad muestra la dificultad que entraña el análisis de un concepto tan inherentemente subjetivo como es la gravedad mediante la aplicación de criterios objetivos, dando como resultado una práctica incoherente y que en cierta medida socava la discrecionalidad de la Fiscalía. Si bien es cierto que se trata de un factor que no ha dado lugar a una práctica extensa porque las impugnaciones de admisibilidad presentadas hasta el momento apenas se han centrado en la gravedad, en ocasiones los jueces se han opuesto a la interpretación y aplicación de la gravedad realizada por la Fiscalía. El ejemplo más reciente sobre esta cuestión es el relativo a la situación de las Comoras, examen preliminar respecto al que este órgano decidió no abrir una investigación por considerar que no alcanzaba una gravedad suficiente. Los jueces consideraron que la Fiscalía no había realizado un análisis adecuado de la gravedad y que por tanto ésta debía reconsiderar su postura.

Lo cierto es que la decisión de iniciar una investigación o dar comienzo a un proceso penal compete exclusivamente a la Fiscalía, de modo que, salvo en casos en los que su actuación sea un claro ejercicio arbitrario o abusivo de su discrecionalidad, es cuestionable que los jueces puedan intervenir y tratar de corregir sus decisiones, más aún considerando que la jurisprudencia no ha concretado hasta la fecha lo que debe entenderse como ejercicio arbitrario o abusivo de la discrecionalidad por parte de este órgano. Estas cuestiones ponen sobre la mesa lo complejo que resulta tratar de valorar con criterios objetivos un factor que es esencialmente subjetivo cuando, además, el principal responsable de aplicarlo en primera instancia es quien tiene la potestad de decidir dónde investigar y a quién enjuiciar. Si bien no cabe duda de que por su propia naturaleza cualquier crimen internacional lleva aparejado cierta gravedad, las decisiones de la Fiscalía en estos términos difícilmente podrán satisfacer todas las opiniones, y en este sentido, aquellas mediante las que niegue el inicio de investigaciones por considerar que la situación en cuestión no es lo suficientemente grave

Conclusiones

están sujetas irremediablemente a la crítica. Lo fundamental es que la Fiscalía haga un ejercicio de transparencia como el que viene demostrando los últimos años, explicando los motivos que le llevan a dichas consideraciones aun sabiendo que, si bien sus decisiones frustrarán el deseo de muchos de ver que la CPI hace justicia, su decisión posibilitará centrar los esfuerzos y los limitados recursos en otras situaciones que por su gravedad merecen su atención de forma prioritaria.

Decimocuarta. La cooperación estatal es uno de los pilares esenciales para el buen funcionamiento de la CPI, pues dado que ésta carece de un cuerpo policial y de un mecanismo de ejecución, sus decisiones y solicitudes únicamente pueden cumplirse si los Estados colaboran a tenor de la obligación asumida a tal efecto al ratificar el ER. Así, la inmunidad personal de jefes de Estado en ejercicio se presenta hasta el momento como uno de los principales obstáculos a la cooperación estatal con la CPI. Desde que ésta emitiera dos órdenes de arresto contra el presidente sudanés Al Bashir el rechazo a su arresto y entrega ha sido una constante a pesar de las múltiples solicitudes emitidas al efecto, lo que ha imposibilitado a la CPI avanzar en las investigaciones y procesos penales relativos a la situación de Darfur, situación cuyo origen se encuentra en la Resolución 1593 del CS. Si bien Sudán no es un Estado parte en el ER, en virtud de la remisión de este órgano el país quedó sometido a la CPI en relación a las investigaciones y casos que pudieran derivar de la misma. El tribunal viene insistiendo en su competencia sobre el caso *Al Bashir* y en el deber de los Estados de cooperar con ella, aunque mediante decisiones escasamente fundadas en lo que a la ausencia de inmunidad personal se refiere. En este sentido, como apuntábamos, la dependencia de la CPI de la cooperación estatal es absoluta, ya que en ausencia de mecanismos de ejecución, sólo los Estados pueden arrestar y entregar al presidente a la CPI para que ésta proceda con su caso. Sin embargo, a pesar de su obligación estatutaria de cooperación, lo cierto es que en ausencia de un razonamiento jurídico sólido en relación a la vigencia de la inmunidad personal de Al Bashir, los Estados parte podrían violar el derecho consuetudinario en el cumplimiento de las órdenes de arresto de la CPI, una cuestión que hasta la actualidad ésta no ha analizado exhaustivamente.

En el marco de la inmunidad, por un lado los Estados parte en el ER retiran mediante su art. 27(2) la inmunidad que conforme al Derecho Internacional consuetudinario corresponde a los jefes de Estado o de Gobierno y a los ministros de Asuntos Exteriores, esto es, la

Conclusiones

inmunidad personal. Por otro lado, en cambio, en virtud del art. 98(1) la CPI no debe obligar a un Estado parte a violar sus obligaciones con arreglo al derecho internacio cuando le solicite su cooperación. Tratándose de un convenio internacional, el citado art. 27(2) del ER, sólo se aplica a los Estados parte. En el caso concreto de Al Bashir esta cuestión ha suscitado un enorme debate doctrinal y jurisprudencial, ya que considerando que Sudán es un tercer Estado con arreglo al ER, no cabe afirmar que le sea aplicable dicha disposición y que por ende su inmunidad personal quede anulada. La primera ocasión en la que los jueces abordaron esta cuestión sostuvieron, desacertadamente, la existencia de una excepción consuetudinaria a la inmunidad personal cuando un tribunal internacional como la CPI es quien pretende juzgar al presunto titular de la inmunidad. El razonamiento jurídico expuesto no resulta a nuestro juicio convincente, ya que no cabe constatar dicha excepción en virtud de la cual Al Bashir podría ser arrestado y entregado por los Estados parte sin que éstos violasen el Derecho Internacional consuetudinario. Ninguno de los ejemplos en los que la CPI se apoyó para defender su postura muestra la existencia de tal excepción, pues no cabe constatar práctica internacional ni estatal previa en lo que al enjuiciamiento de un presidente en activo se refiere. Asimismo, este razonamiento ignoraba el carácter convencional de la CPI, según el cual, el ER únicamente vincula a los Estados parte. Esta línea interpretativa carecía a nuestro juicio de una base jurídica sólida que permitiera afirmar que los Estados parte podían proceder a su arresto sin preocuparse de la norma consuetudinaria.

Con la intención de subsanar los errores de base plasmados en esta primera aproximación, la CPI adoptó una nueva postura. Esta vez sostuvo, como cabía esperar, que siendo el ER una norma convencional, con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados éste no puede imponer obligaciones a terceros Estados sin su consentimiento, de manera que la retirada de la inmunidad personal que efectúa el art. 27(2) del ER sólo es aplicable, en principio, a los Estados que han ratificado el tratado. Sin embargo, según concluye la CPI, la inmunidad personal no planteaba impedimento alguno conforme al art. 98(1) del ER porque, según la CPI, la Resolución 1593 del CS retiró implícitamente la inmunidad del presidente sudanés, eliminando así cualquier obstáculo a la cooperación de los Estados con la CPI en su arresto y entrega. A nuestro modo de ver, esta interpretación judicial más reciente también entraña controversia, ya que resulta cuestionable que pueda justificarse la invalidez de la inmunidad personal de Al Bashir en virtud de un texto que nada menciona al respecto.

Conclusiones

Sin embargo, puede defenderse que la Resolución 1593 del CS, que obliga a Sudán a cooperar plenamente con la CPI, impone a este Estado no parte todo el régimen del ER, lo que incluiría el art. 27, y como tal, anularía cualquier impedimento que pudiera suponer un obstáculo a la cooperación, incluida la inmunidad personal del presidente. Considerando por tanto que en virtud de la Resolución del CS remitida al amparo del Capítulo VII, este órgano ha sometido a Sudán al ER como si de un Estado parte se tratara, su inmunidad queda anulada, pudiendo los Estados arrestarlo y entregarlo sin violar el Derecho Internacional consuetudinario.

Ahora bien, la CPI por el momento se ha mantenido firme con respecto a su última interpretación de la norma, defendiendo la retirada implícita de la inmunidad personal en virtud de la Resolución. Como decimos, este argumento sigue sin ser convincente y los Estados continúan sin cumplir las órdenes de arresto y entrega, lo que indica que, más allá de un asunto de voluntad y compromiso de los Estados parte con respecto a su deber de cooperar con la CPI, la cuestión de la inmunidad de jefes de Estado en ejercicio de países no parte en el ER en casos derivados de una remisión del CS continúa sin una respuesta clara y ampliamente aceptada, cuestión que, salvo que el CS intervenga expresando su postura o los Estados adopten en diálogo con la CPI una postura conjunta al respecto, todo parece indicar que por el momento será una cuestión que continuará frenando la cooperación estatal.

Decimoquinta. En el marco de la cooperación, el CS, órgano responsable de las remisiones de Darfur y Libia, se muestra como un actor cuyo papel en relación a la CPI es a nuestro juicio ciertamente criticable. Resulta destacable que los principales obstáculos a la cooperación estatal se estén dando precisamente en las situaciones remitidas por el CS a pesar de que éstas estén sustentadas en sendas resoluciones redactadas bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. En Darfur la ausencia de cooperación, como señalábamos, viene generada en gran medida por el debate relativo a la inmunidad de su jefe de Estado, pero también debido a que ni la Resolución 1593 (2005) prevé mecanismos de ejecución ni el propio CS ha realizado un seguimiento adecuado de la investigación de la CPI. De manera similar, la Resolución 1970 (2011) sobre Libia enfrenta a la CPI con problemas de cooperación estatal debido a las limitaciones de la resolución y a la inacción del CS. En este sentido, además de las ya comentadas críticas vertidas sobre estos textos por la inclusión de apartados de una legitimidad más que cuestionable, puede afirmarse que en el ámbito de la

Conclusiones

cooperación las remisiones han resultado ser un mecanismo fútil. Las razones obedecen, claro está, a la falta de voluntad, compromiso y responsabilidad que ha caracterizado al CS en relación a la CPI, tanto en el momento de redacción de cada uno de los textos como a día de hoy, lo que por supuesto implica directamente a los Estados, miembros permanentes en el CS y no partes en el ER, que han hecho de las remisiones unos instrumentos carentes de efectividad en la lucha contra la impunidad.

Sin duda alguna es motivo de reprobación el limitado alcance de la cooperación que las resoluciones recogen, ya que éstas únicamente imponen la obligación de cooperar plenamente con la CPI a los Estados afectados por las mismas, es decir, a Sudán y a Libia, mientras que al resto de la comunidad internacional se le alienta a hacerlo. Esto contrasta drásticamente con el tratamiento dado en su momento a la cooperación en relación a los tribunales *ad hoc*, cuyas resoluciones de constitución impusieron la obligación general de cooperar con los mismos a todos los miembros de Naciones Unidas. Resulta criticable, por tanto que con respecto a la CPI el CS—que se sirve de aquélla como mecanismo de justicia internacional penal evitando la creación de un nuevo tribunal *ad hoc*— no haya dado un tratamiento igual a la cuestión de la cooperación y que sus resoluciones se hayan limitado a activar la competencia, pues a pesar de que las remisiones posibilitan a la CPI ejercer la jurisdicción con respecto a nacionales de Estados no parte o respecto a hechos ocurridos en el territorio de Estados que tampoco lo son, la impartición de justicia está supeditada a la cooperación estatal y a las medidas que el CS adopte para ejecutar las decisiones de la CPI.

Asimismo, este limitado alcance sobre la cooperación, que consideramos que debería corregirse en textos de futuras remisiones haciendo de éstas instrumentos vinculantes para todos los Estados, no se acompaña de medidas eficaces que permitan a la CPI desarrollar su mandato; ello ha posibilitado que en relación a la situación en Sudán, Al Bashir continúe viajando a territorios de Estados parte y de terceros Estados sin que el incumplimiento de cooperación con la CPI genere ningún tipo de consecuencia tanto para el Estado sudanés como para los Estados parte en el ER que han incumplido su obligación de cooperación con la CPI. En el caso de Libia, las dificultades de avanzar en el proceso se muestran difíciles de superar a la luz de la inestabilidad política y a la complicada relación entre la CPI y las autoridades estatales, que si bien nunca han mostrado una oposición acérrima a la misma, se muestran delicadas de gestionar. Ante estas cuestiones que vienen ralentizando y desgastando

Conclusiones

todo esfuerzo de la CPI por cumplir con el mandato de las resoluciones del CS, este órgano se ha mantenido en la completa inacción, haciendo que quepa cuestionarse hasta qué punto una remisión del CS es eficaz como mecanismo de activación de la competencia si ésta no se acompaña de su pleno apoyo.

Por otro lado, a pesar de las múltiples decisiones judiciales que la CPI le ha remitido al CS con el fin de que adopte medidas para corregir la actitud de incumplimiento y prevenir en el futuro situaciones similares, por ahora no ha habido avance alguno a este respecto. El propio ER dispone que las decisiones judiciales sobre el incumplimiento estatal de cooperación con la CPI serán remitidas al CS cuando los casos deriven de remisiones de este órgano. Sin embargo, si bien el tratado no dispone cómo debe proceder el CS ante estas notificaciones de incumplimiento las potestades de ejecución de las que éste dispone son numerosas y de muy diferente naturaleza con arreglo a la Carta de Naciones Unidas, de modo que, si a pesar de la continuas solicitudes de colaboración al CS por parte de la CPI éste no ha adoptado ningún mecanismo de ejecución, resulta evidente que es la falta de voluntad política la que está gobernando esta situación de desgaste para la CPI, deslegitimando tanto su mandato como el del propio CS.

En la práctica, por tanto, las remisiones del CS han aportado más problemas que soluciones a la CPI, ya que, si frente a la falta de cooperación estatal en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ER o de las propias resoluciones de remisión el único órgano competente para adoptar medidas de ejecución permanece en un estado continuo de pasividad, resulta fácil aventurar el fracaso de toda investigación derivada de las mismas, algo que no podrá imputarse a la CPI sino al propio CS, por desinterés, abandono y falta de compromiso en la lucha contra los más atroces crímenes. A menos que en adelante el CS adopte una postura proactiva y apoye la labor de la CPI en aquellas situaciones que le son remitidas, mediante textos que prevean mecanismos de ejecución y una obligación general de cooperación, cualquier futura remisión no hará sino minar la legitimidad de ambas instituciones. De este modo, entendemos que el CS no puede hacer uso de la potestad de remisión otorgada en el ER para desentenderse acto seguido de los problemas derivados de la misma, pues esto refleja, además de una doble vara de medir en relación a la voluntad de los miembros del CS de depurar responsabilidades, un uso irresponsable del poder de remisión, que en caso de continuar por esta senda podría contribuir a considerarse carente de toda

legitimidad, lo que a su vez podría invitar a la CPI a rechazar cualquier futura investigación si no obtiene antes un compromiso de estrecha colaboración y apoyo de este órgano.

Decimosexta. La Corte Penal Internacional se erige ya como un actor de relevancia incuestionable en el sector del Derecho Internacional Penal y en la contribución a la construcción de un sistema de justicia internacional penal. Tras quince años de práctica, la actividad jurisprudencial muestra que avanza despacio, probablemente más despacio de lo que se vaticinaba, pues por el momento los casos finalizados son escasos y el tiempo que lleva instruir y enjuiciar cada caso es largo. Ahora bien, su práctica debe valorarse teniendo en cuenta que su capacidad de acción es, a diferencia de lo que suele exponerse, muy limitada en términos reales, pues el ejercicio de su competencia está sujeto a una serie de limitaciones temporales, territoriales y personales que difícilmente le permiten desplegar todo el potencial que a menudo—de manera idealizada y fruto del deseo de ver hecho realidad un sistema de justicia internacional penal fuerte y sin fisuras—se espera de ella. Así pues, dejando al margen consideraciones idealistas, a pesar de las dificultades que enfrenta puede afirmarse que su labor continuará siendo esencial en el desarrollo de este sector del Derecho y que como tal, el riesgo al fracaso de la institución es más un planteamiento teórico que realista. La CPI avanzará lo rápido que los Estados parte y la comunidad internacional en su conjunto quieran, al tiempo que su eficacia dependerá también en gran medida de los compromisos que los Estados asuman en relación a la depuración de responsabilidad penal tanto a través de la adaptación de las legislaciones nacionales y de la consecución gradual de procesos penales auténticos como en relación a una cooperación responsable y eficaz con la CPI. Considerando que son ya 124 los Estados que han ratificado el ER y que las recientes advertencias provenientes de ciertos Estados de la Unión Africana en relación a su retirada del mismo no se están materializando, uno de los retos principales será sumar a más Estados, algo que si bien a corto plazo no dará los resultados deseados, deberá servir para que paulatinamente los Estados adopten una conciencia de intolerancia ante la comisión de crímenes internacionales que se traduzca en acción y no en displicencia.

FUENTES

A) FUENTES DOCTRINALES

1. MONOGRAFÍAS

- AMBOS, K., *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AMBOS, K., *The Colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2010.
- ASKIN, K. D., *War Crimes against Women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998.
- BALINT, J., *Genocide, State Crimes and the Law: in the name of the State*, Routledge, Abingdon, 2012.
- BANTEKAS, I., *International Criminal Law*, Hart Publishing, 2 ed., Oxford, 2005.
- BASSIOUNI, M. C., *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, 2 ed., Leiden, 2013.
- BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- BASSIOUNI, M. C., *Libya: from repression to revolution*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2013.
- BASSIOUNI, M., C., *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2011.
- BELLELLI, R., *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010.
- BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los Crímenes Internacionales y de las Técnicas para su Represión*, Servicio editorial UPV/EHU, Bilbao, 2004.
- BONAFÈ, B. I., *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009.
- BOSCO, D., *Rough Justice. The International Criminal Court in a World of Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BOURDON, W., DUVERGER, E., *La Cour Pénale Internationale: le Statut de Rome*, Seuil, Paris, 2000.

- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 7 ed., Oxford, 2008.
- CARD, C., *Confronting Evils: Terrorism, Torture, Genocide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2 ed., Oxford, 2008.
- CASSESE, A., GAETA, P., *et al*, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3 ed., Oxford, 2013.
- CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CERVELL HORTAL, M^a J., *Genocidio, Responsabilidad Internacional e Inmunidad de los Jefes de Estado*, Iustel, Madrid, 2013.
- CONSIGLI, J. A., *El Genocidio ante la Corte Internacional de Justicia*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2009.
- CRAWFORD, J. R., *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, 2 ed., Oxford, 2007.
- CREMER, H. J. et al., *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Berlin, 2002.
- CRYER, R., *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- CRYER, R., FRIMAN, H. *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 3 ed., Cambridge, 2014.
- DU PLESSIS, Max, *The International Criminal Court that Africa wants*, Institute for Security Studies, Pretoria, 2010.
- EBOE-OSUJI, C., *Protecting Humanity: essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.
- DAVID, E., *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruylant, 4 ed., Bruselas, 2008.
- ESCUDERO ESPINOSA, J. F., *La Corte Penal y el Consejo de Seguridad: hacia la Paz por la Justicia*, Dilex, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El Genocidio en el Derecho Penal Internacional: análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FOUCHARD, I., *Crimes Internationaux. Entre Internationalisation du Droit Pénal et Pénalisation du Droit International*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

- GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GLASIUS, M., *The International Criminal Court. A Global Civil Society Achievement*, Routledge, Abingdon, 2006.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S. *et al.*, *La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de los Derechos Humanos: sus particularidades frente al Derecho Internacional General*, SGN Editora, Avellaneda, 2013.
- GUILFOYLE, D., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., CERVELL HORTAL, M^a J., *El Derecho Internacional en la Encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Trotta, 3 ed., Madrid, 2013.
- HAGAN, J., RYMOND-RICHMOND, W., *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HENCKAERTS, J. M., DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1. International Committee of the Red Cross edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- HENZELIN, M., *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International : Droit et Obligation pour les États de Poursuivre et Juger selon le Principe de l'Universalité*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- HIGGINS, R., *Problems and Process: International Law and How We Use it*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- INAZUMI, M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, Utrecht, 2005.
- JURDI, N. N., *The International Criminal Court and National Courts: a Contentious Relationship*, Ashgate, Farnham, 2011.
- KLEFFNER, J. K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- KNOOPS, G.A., *Redressing Miscarriages of Justice*, Transnational Publishers, Ardsley, 2006.
- LA HAYE, E., *War crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- LEE, R. S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer, The Hague, 1999.

- LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D. C., 1944.
- LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, M^a Magdalena, *Crímenes Internacionales de Violencia Sexual y Conflictos Armados*, Aranzadi, Madrid, 2015.
- MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos Armados Internos y Derecho Internacional Humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990.
- MAY, L., *Crimes Against Humanity. A normative account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- MENDES, E. P., *Peace and Justice at the International Criminal Court*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.
- NOUWEN, S. M.H., *Complementarity in the line of fire: the Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- OLASOLO, H., *Essays on International Criminal Justice*, Hart, Oxford, 2012.
- OLASOLO, H., *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- OLASOLO, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Diké, Bogotá, 2009.
- OLASOLO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Leiden, 2005.
- ORIHUELA CALATAYUD, E., *La Jurisdicción Universal en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2016.
- ORIHUELA CALATAYUD, E., *Las Víctimas y la Corte Penal Internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ORIHUELA CALATAYUD, E., *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998.
- PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.
- PIGRAU SOLÉ, Antoni, *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, RxDH Col·lecció per Drets Humans, Oficina de Promoció de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009.

- PIKIS, G. M., *Justice and the Judiciary*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012.
- QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME R., *Derecho Internacional. Curso general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ROBERTSON, G., *Crimes Against Humanity. The Struggle for Global Justice*. 4 ed., Penguin, London, 2012
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977*, International Committee of the Red Cross edition, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987.
- SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2 ed., Oxford, 2016.
- SCHABAS, W. A., *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SCHABAS, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4 ed., Cambridge, 2011.
- SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2 ed., Cambridge, 2009.
- SEILS, P., *Guide de la Complémentarité. Introduction quant au rôle des juridictions nationales et de la Cour pénale internationale dans la poursuite des crimes internationaux*, Centre international pour la justice transitionnelle, New York, 2016.
- SHAW, M. N., *International Law*, Cambridge University Press, 6 ed., Cambridge, 2008.
- STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: the Principle of Complementarity*, Martinus Neijhoff, Leiden, 2008.
- STIGLMAYER, A., *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, University of Nebraska Press, 1994.
- TAMS, C. J., BERSTER, L. et al., *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: a commentary*, Verlag C. H. Beck, München, 2014.
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

WERLE, G., JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3 ed., Oxford, 2014.

2. COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

AMANN, D. M., “Children” en William .A. Schabas (Ed.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge. 2016, pp. 253-271.

AMBOS, K., “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC” en Kai Ambos, Judith Large, Marieke, Wierda (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice*, Springer-Verlag, Berlin, 2009, pp. 19-104.

BASSIOUNI, C. M., “The duty to prosecute and/or extradite: *aut dedere aut judicare*” en Cherif M. Bassiouni (Ed.), *International Criminal Law*, vol. II, Martinus Nijhoff, 3 ed., Leiden, 2008, pp. 35-45.

BEN-NAFTALI, O., “The obligations to prevent and punish genocide” en Paola Gaeta (Ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 27-57.

BOLLO AROCENA, M^a D., “Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Algunas reflexiones al hilo del caso de Omar Al Bashir” en Javier Quel López, (Dir.), Bollo Arocena, M^a Dolores, (Coord.), *Intereses Públicos, Intereses Privados, su Defensa y Colisión en el Derecho Internacional*, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 99-133.

BOURGON, Stéphane, “Jurisdiction *ratione temporis*” en Antonio Cassese, Paola Gaeta, John Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 543-558.

CIAMPI, A., “La cour pénale internationale et les Nations Unies” en Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Dirs.), *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, A. Pedone, Paris, 2012, pp. 77-90.

CLARK, P., “Chasing cases. The ICC and the politics of state referral in the Democratic Republic of Congo and Uganda” en Carsten Stahn, Mohamed El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity. From Theory to Practice*, vol. II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 1180-1203.

COTTIER, M., “Paragraph 1: jurisdiction in respect of war crimes” en Otto Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, Oxford, 2 ed., 2008, pp. 299-300.

- CRYER, R., “The ICC and its Relationship to Non-State Parties” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 260-280.
- CULLEN, A., “The Characterization of Armed Conflict in the Jurisprudence of the ICC” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp.763-777.
- DAVID, Eric, “Préambule” en Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Dirs.), *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, A. Pedone, Paris, 2012, pp. 301-310.
- DEGUZMAN, M., “Crimes Against Humanity” en William A Schabas, Nadia Bernaz (Eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Oxon, 2011, pp. 121-137.
- DUPUY, P., “Principe de complementarité et droit international général” en Mauro Politi, Federica Gioia (Eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Ashgate, Aldershot, 2008, pp. 17-24.
- EL ZEIDY, M. M., “Ad Hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation Under Scrutiny” en Carsten Stahn, (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 179-209.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “El principio de complementariedad” en J. A. Yáñez-Barnuevo (Coord.), *La Justicia Penal Internacional: una Perspectiva Iberoamericana*, Casa América, Madrid, 2000.
- GAETA, P., “Official capacity and immunities” en Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 975-1002.
- GEVERS, C., “Immunity and the implementation legislation in South Africa, Kenya and Uganda” en Kai Ambos, Otilia, A. Maunganidze (Eds.), *Power and Prosecution: challenges and opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2012, pp. 85-117.
- GIOIA, Federica, “Comments on Chapter 3 of Jann Kleffner” en J.K. Kleffner, G. Kor (Eds.), *Complementary Views on Complementarity*, T.M.C. Asser Press, 2006, pp. 105-115.
- GUARIGLIA, F., ROGIER, E., “The selection of situations and cases by the OTP of the ICC” en Carsten Stahn, (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 350-364.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el TPI (Roma 1998)” en *Hacia una Justicia Internacional*, Abogacía General del Estado, XXI Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 2000, pp. 557-602.

- HAUPAIS, Nicolas, “Article 12. Conditions préalables à l’exercice de la compétence” en Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Dir.), *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, A. Pedone, Paris, 2012, pp. 581-606.
- HEBEL, H., ROBINSON, D., “Crimes Within the Jurisdiction of the Court” en Roy S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer, The Hague, 1999, pp. 79-126.
- HELLER, K. J., “Situational gravity under the Rome Statute” en Carsten Stahn, Larissa Van den Herik (Eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2010, pp. 227- 253.
- HOLMES, J.T., “Complementarity: national courts versus the ICC” en Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 667-686.
- HOLMES, J.T., “The principle of complementarity” en Roy S.K Lee (Ed.), *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 41-78.
- JACOBS, D., “The Frog that Wanted to Be an Ox: the ICC’s Approach to Immunities and Cooperation” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 281-304.
- JESSBERGER, F., “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide” en Paola Gaeta (Ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 87-111.
- KIRSCH, P., ROBINSON, D., “Referral by States Parties” en Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 619-625.
- KLEFFNER, J. K., “Auto-referrals and the complementary nature of the ICC” en Carsten Stahn, Göran Sluiter (Eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 41-53.
- KRESS, C., “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute” en M. Bergsmo, L. Yang (Eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Torkel Opshal Academic EPublisher, Beijing, 2012, pp. 223-265.
- KRESS, C., “The ICC’s First Encounter with the Crime of Genocide” en Carsten Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 669-704.
- MARCHESI, Antonio, “Article 14. Referral of a situation by a State Party” en Otto Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, Oxford, 2 ed., 2008, pp. 575-579.

- MARTIN Fanny, “The Notion of ‘Protected Group’ in the Genocide Convention and its Application” en Paola Gaeta (Ed.), *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 112-127.
- MÉGRET, F., “Too much of a good thing? Implementation and the Uses of Complementarity” en Carsten Stahn, Mohamed El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: from Theory to Practice*, Vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 361-390.
- METTRAUX, G., “The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a ‘Policy’ Element” en L.N. Sadat (Ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 142-176.
- NOUWEN, Sarah M.H., “Fine-tuning complementarity” en Bertram S. Brown (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 206-231.
- NSEREKO, D. N., “Genocide: a crime against mankind” en G. Kirk McDonald, O. Swaak-Goldman (Eds.), *The Law and Enforcement of International Offenses: the Experiences of International and National Courts*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 113-140.
- OHLIN, J. D., “Peace, Security, and Prosecutorial Discretion” en Carsten Stahn, Göran Sluiter (Eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 185-208.
- OOSTERVELD, V., “The Context of Genocide” en Roy S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, pp. 44-49.
- PLANCHADELL, A., “El Fiscal ante la Corte Penal Internacional” en Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer, José Luis González Cussac (Coords.), *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 163-188.
- PELLET, A., “The effects of Palestine’s recognition” en Chantal Meloni, Gianni Tognoni (Eds.), *Is there a court for Gaza?*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 409-428.
- PIGNATELLI Y MECA, F., “Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional” en Consuelo Ramón Chornet, Javier Álvarez Veloso, Romualdo Bermejo García *et al.*, *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 237-318.
- PISANI, B., “The Rome Statute and domestic proceedings for ordinary crimes: the (in)admissibility of cases before the International Criminal Court” en Larissa van den Herik, Carsten Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, pp. 461-480.

- QUESADA ALCALÁ, C., “La agresión: un crimen cierto de futuro incierto” en Jorge Cardona Llorens, Jorge A. Puyo Losa *et al.* (Eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1069-1091.
- RASTAN, R., “Situations and case: defining the parameters”, en Carsten Stahn, Mohamed M. El Zeidy (Eds), *The International Criminal Court and Complementarity: from Theory to Practice*, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 438-445.
- REMIRO BROTONS, A., “Crímenes internacionales, jueces estatales: de la universalidad y otras soledades”, en *Guerra y paz: 1945-2009: obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Servicio Editorial Universidad País Vasco, Bilbao, 2010, pp. 253-285.
- REMIRO BROTONS, A., “El crimen de agresión en el estatuto de la CPI revisado: nascetur ridiculus mus” en Jorge Cardona Llorens, Jorge A. Puyo Losa *et al.* (Eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1115-1130.
- REMIRO BROTONS, A., “La revisión del Estatuto de la CPI y el crimen de agresión” en Consuelo Ramón Chornet, Javier Álvarez Veloso, Romualdo Bermejo García *et al.*, *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 225-250.
- ROBINSON, D., “Crimes against Humanity. A Better Policy on ‘Policy’” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 705-731.
- ROBINSON, D., “The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do with the Definition?” en Morten Bergsmo, Song Tianying (Eds.), *On the Draft Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2014, pp. 103-133.
- ROBINSON, D., “The ‘inaction’ controversy: neglected words and new opportunities” en Carsten Stahn, Mohamed El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 460-502.
- RUIZ VERDUZCO, D., “The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 30-64.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Uso de la fuerza, Consejo de Seguridad y Corte Penal Internacional: la represión penal del crimen de agresión” en Rosario Huesa Vinaixa (Coord.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 219-259.
- SCHABAS, W. A., “Gravity and the International Criminal Court” en Chile Eboe-Osuji (Ed.), *Protecting Humanity: essays in International Law and Policy in honour of Navanethem Pillay*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, pp. 689-706.

- SCHABAS, William A., “The International Criminal Court at ten” en Andraz Zidar, Olympia Bekou (Eds.), *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2014, pp. 177-190.
- SCHABAS, William A., “Selecting situations and cases” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 365-381.
- SCHABAS, William A., “Follow up to Rome: preparing for the entry into force of the Statute of the International Criminal Court” en Mauro Politi, Giuseppe Nessi (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2001, pp. 197-215.
- SEILS, P., “The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court” en Morten Bergsmo (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2 ed., Oslo, 2010, pp. 69-78.
- SHAW, M. N., “Genocide and International Law” en Y. Dinstein, R. Shabtai *et al.* (Eds.), *International Law at a time of Perplexity*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989, pp. 797-820.
- SHOAMANESH, S. S., AZIZ MBAYE, Abdou, “Article 17. Questions relatives à la recevabilité” en Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Dirs.), *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, A. Pedone, Paris, 2012, pp. 311-325.
- SOROETA LICERAS, J., “Una visión del conflicto palestino: bloqueo histórico, colapso jurídico, fracaso político”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, 2006, pp. 281-332.
- STAHN, C., “Admissibility challenges before the ICC. From quasi-primacy to qualified deference?” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 228-259.
- STEGMILLER, I., “Interpretative gravity under the Rome Statute” en Carsten Stahn, Mohamed El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: from Theory to Practice*, Vol. I., Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 603-641.
- TAKEMURA, H., “Prosecutorial Discretion in International Criminal Justice: Between Fragmentation and Unification” en Larissa van den Herik, Carsten Stahn, (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, pp. 633-656.
- TEJAN-COLE, A., “A big man in a small cell: Charles Taylor and the Special Court for Sierra Leone” en Ellen L. Lutz, Caitlin Reiger (Eds.), *Prosecuting Heads of States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 205-232.

- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “Los crímenes sexuales en los conflictos armados” en Esperanza Orihuela Calatayud (Coord.), *Crímenes Internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 75-137.
- TOMUSCHAT, C., “The duty to prosecute international crimes committed by individuals” en Hans-Joachim Cremer *et al* (Eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, vol. 1, Springer, Berlin, 2002, pp. 315-349.
- TRIFFTERER, Otto, “Article 27 Irrelevance of official capacity” en Otto Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, 2 ed., Oxford, 2008, pp. 779-793.
- TRIFFTERER, Otto, BERGSMO, Morten, “Preamble” en Otto Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, 2 ed., Oxford, 2008, pp. 1-14.
- VAN DEN WYNGAERT, C., ONGENA, T., “*Ne bis in idem* principle, including the issues of amnesty”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 705-729.
- VERNET, P. M., NELIO MOLLAR, M., “El concepto de genocidio en el Derecho Internacional actual a la luz de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro” en José A. Consigli (Ed.), *El Genocidio ante la Corte Internacional de Justicia*. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2009, pp. 201-230.
- WHITE, N. D., CRYER, R., “The ICC and the Security Council: an uncomfortable relationship” en José Doria, Hans-Peter Gasser, Cherif M. Bassiouni, (Eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 455-484.
- WIERDA, M., OTIM, M., “Courts, conflict and complementarity in Uganda” en Carsten Stahn, Mohamed M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, Vol II., Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 1155-1179.
- WILLIAMS, S. A., “Article 11, jurisdiction *ratione temporis*” en Triffterer, Otto (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, 2 ed., Oxford, 2008, pp. 539-545.
- WILLIAMS, S.A., SCHABAS, W.A., “Issues of Admissibility” en Otto Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart, 2 ed., Oxford, 2008, pp. 605-625.
- WILT, H., “Self-Referrals as an Indication of the Inability of States to Cope with Non-State Actors” en Carsten Stahn (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press Oxford, 2015, pp. 210-227.

WOUTERS, J., VERHOEVEN, S., DEMEYERE, B., “The International Criminal Court’s Office of the Prosecutor” en José Doria, Hans-Peter Gasser, Cherif M. Bassiouni, (Eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 345-386.

YEE, L., “The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13(b) and 16” en Roy S. Lee, *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, Kluwer, The Hague, 1999, pp. 143-152.

3. ARTÍCULOS DE REVISTAS

ABRISKETA URIARTE, J., “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 68(1), 2016, pp. 19-47.

AKANDE, D., “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 98(3), 2004, pp. 407-433.

AKANDE, D., “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities”, *Journal of International Criminal Justice*, 7(2), 2009, pp. 333-352.

AKANDE, D., “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, 10(2), 2012, pp. 299-324.

AKHAVAN, P., “The *Lord’s Resistance Army* Case: Uganda’s submission of the first State referral to the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 99(2), 2005, pp. 403-421.

AKHAVAN, P., “Whither National Courts? The Rome Statute’s Missing Half. Towards an Express and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, 8(5), 2010, pp. 1245-1266.

ALLAN, K., “Prosecution and peace: a role for amnesty before the ICC?”, *Denver Journal of International Law*, 39(2), 2011, pp. 239-301.

ALOISI, R., “A tale of two institutions: the United Nations Security Council and the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, 13(1), 2013, pp. 147-168.

AMBOS, K., “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, *International Criminal Law Review*, 12(2), 2012, pp. 115-153.

- AMBOS, K., “Qué significa la ‘intención de destruir’ en el delito de genocidio?”, *Revista Penal*, (26), 2010, pp. 46-64.
- AMBOS, K., “Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y *Realpolitik*” en *Política Criminal*, (4), 2007, pp. 1-16.
- AMBOS, K., WIRTH, S., “The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum*, 13(1), 2002, pp. 1-90.
- ARSANJANI, M. H., REISMAN W., M., “The law-in-action of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 99(2), 2005, pp. 385-403.
- ASKIN, K. D., “Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Criminal Law Forum*, 10(1), 1999, pp. 33-59.
- ASKIN, K. D., “The International War Crimes Trial of Anto Furundzija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes”, *Leiden Journal of International Law*, 12(4), 1999, pp. 935-955.
- BACIO TERRACINO, J., “National Implementation of ICC Crimes: Impact on National Jurisdictions and the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n° 2, 2007, pp. 421-440.
- BANTEKAS, I., “The need to amend Article 12 of the ICC Statute: Remediating the Effects of Multilateral Treaties Upon Third Parties”, *New Criminal Law Review*, 12(4), 2009, pp. 485-497.
- BATROS, B., “The judgment on the Katanga admissibility appeal: judicial restraint at the ICC”, *Leiden Journal of International Law*, 23(2), 2010, pp. 343-362.
- BENZING, M., “The complementarity regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, (7), 2003, pp. 591-632.
- BIANCHI, A., “Denying State immunity to violators of human rights”, *Austrian Journal of Public International Law*, 46(3), 1993, pp. 195-229.
- BISHOP, Anna, “Failure of complementarity: the future of the International Criminal Court following the Libyan admissibility challenge”, *Minnesota Journal of International Law*, 22(2), 2013, pp. 388-421.
- BITTI, G., EL ZEIDY, M. M., “The Katanga Trial Chamber Decision: selected issues”, *Leiden Journal of International Law*, 23(2), 2010, pp. 319-329.
- BOLLO AROCENA, M^a D., “La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (Artículo 12.3 del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (31), 2016, pp. 1-33.

- BOLLO AROCENA, M^a D., “La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”, *Anuario de Derecho Internacional*, (20), 2004, pp. 375-408.
- BOON, K., “Rape and Forced Pregnancy Under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent”, *Columbia Human Rights Law Review*, 32(3), 2001, pp. 625-675.
- BOSCHIERO, N., “The ICC Judicial Findinig on Non-Cooperation Against the DRC and No Immunity for Al- Bashir Based on UNSC Resolution 1593”, *Journal of International Criminal Justice*, 13(3), 2015, pp. 625-653.
- BOU FRANCH, V., “El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los ‘matrimonios forzados’”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, (31), 2015, pp. 65-114.
- BRIGHTON, C., “Avoiding unwillingness: Addressing the Political Pitfalls Inherent in the Complementarity Regime of the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, 12(4), 2012, pp. 629-664.
- BUCHAN, R., “The Mavi Marmara incident and the International Criminal Court”, *Criminal Law Forum*, 25(3-4), 2014, pp. 465-503.
- BURKE-WHITE, W. W., KAPLAN, S., “Shaping the contours of justice. The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n° 2, 2009, pp. 257-279.
- BUSS, D. E., “Rethinking Rape as a Weapon of War”, *Feminist Legal Studies*, 17(2), 2008, pp. 145-163.
- BUSS, D. E., “Prosecuting Mass Rape: Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, *Feminist Legal Studies*, 10(1), 2002, pp. 91-99.
- BUZZARD, L., “Holding an Arsonist's Feet to the Fire? – The Legality and Enforceability of the ICC's Arrest Warrant for Sudanese President Omar Al-Bashir”, *American University International Law Review*, 24(5), 2009, pp. 897-941.
- CARPENTER, R.C., “Forced Maternity, Children’s Rights, and the Genocide Convention: A Theoretical Analysis”, *Journal of Genocide Research*, 2(2), 2000, pp. 213-244.
- CASSESE, A., “The Nexus Requirement for War Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, 10(5), 2012, pp. 1395–1417.
- CASSESE, A., “On the Current trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law”, *European Journal of International Law*, 9(1), 1998, pp. 2-17.
- CIAMPI, A., “Current and Future Scenarios for Arrest and Surrender to the ICC”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 66(3), 2006, pp. 719-736.

- CLARK, J. M., “Forced Marriage: the Evolution of a New International Criminal Norm”, *Aberdeen Student Law Review*, (3), 2012, pp. 4-27.
- CLARK, J. N., “The First Rape Conviction at the ICC. An analysis of the Bemba Judgment”, *Journal of International Criminal Justice*, 14(3), 2016, pp. 667-687.
- CONDORELLI, L., CIAMPI, A., “Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 2005, pp. 590-599.
- CRYER, R., “The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision”, *Journal of International Criminal Justice*, 7(2), 2009, pp. 283-296.
- CRYER, Robert, “Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 1, 2006, pp. 195-222.
- DE WET, E., “The Implications of President Al-Bashir’s Visit to South Africa for International and Domestic Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 13(5), 2015, pp. 1049-1071.
- DEEN-RACSMÁNY, Z., “Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity”, *Leiden Journal of International Law*, 18(2), 2005, pp. 299-322.
- DEGUZMAN, M. M., “Gravity and the legitimacy of the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal*, 32(5), 2008, pp. 1400-1465.
- DIXON, R., “Rape as a Crime in International Humanitarian Law: where to from here?”, *European Journal of International Law*, 13(3), 2002, pp. 697-719.
- DRAKE, A. M., “Aimed at Protecting Ethnic Groups or Women? A look at Forced, Pregnancy Under the Rome Statute”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, 18(3), 2012, pp. 595-623.
- DUGARD, J., “Palestine and the International Criminal Court: institutional Failure or Bias?”, *Journal of International Criminal Justice*, 11(3), 2013, pp. 563-570.
- EL ZEIDY, M. M., “The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC”, *International Criminal Law Review*, 5(1), 2005, p. 89-119.
- EL ZEIDY, M. M., “The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court”, *Criminal Law Forum*, 19(1), 2008, pp. 35-57.
- EL ZEIDY, M. M., “The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law”, *Michigan Journal of International Law*, 23(4), 2002, pp. 869-975.

- FORTEAU, M., “La Palestine comme ‘État’ au regard du Statut de la Cour Pénale Internationale”, *Revue Belge de Droit International*, 45(1), 2012, pp. 41-64.
- FRULLI, M., “Advancing International Criminal Law. The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a ‘New’ Crime against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, 6(5), 2008, pp. 1033-1042.
- GAETA, P., “Is the practice of ‘self-referrals’ a sound start for the ICC?”, *Journal of International Criminal Justice*, 2(4), 2004, pp. 949-952.
- GAETA, P., “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *Journal of International Criminal Justice*, 7(2), 2009, pp. 315-332.
- GEKKER, E., “Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence”, *Hastings Women’s Law Journal*, 25(1), 2014, pp. 105-133.
- GIOIA, F., “State Sovereignty, Jurisdiction, and ‘Modern’ International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, 19(4), 2006, pp. 1095-1123.
- GOLDSMITH, J., “The Self-Defeating International Criminal Court”, *University of Chicago Law Review*, 70(1), 2003, pp. 89-104.
- GONG-GERSHOWITZ, “Forced Marriage: A ‘New’ Crime Against Humanity?”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 8, n° 1, pp. 53-76.
- GREWAL, K., “Rape in Conflict, Rape in Peace: Questioning the Revolutionary Potential of International Criminal Justice for Women’s Human Rights”, *Australian Feminist Law Journal*, 33, 2010, pp. 57-79.
- GREY, R., “Sexual Violence against Child Soldiers”, *International Feminist Journal of Politics*, 16(4), 2014, pp. 601-621.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, (18), 2002, pp. 3-61.
- HALLEY, J., “Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-related Violence in Positive International Criminal Law”, *Michigan Journal of International Law*, 30(1), 2008, pp. 1-123.
- HANSEN, T. O., “A Critical Review of the ICC’s Recent Practice Concerning Admissibility Challenges and Complementarity”, *Melbourne Journal of International Law*, 13(1), 2012, pp. 217-234.
- HASSANEIN, A. S., “Physical and Legal Inability under Article 17(3) of the Rome Statute”, *International Criminal Law Review*, 15(1), 2015, pp. 101-123.

- HELLER, K. J., “A sentence-based theory of complementarity”, *Harvard Journal of International Law*, 53(1), 2012, pp. 85-133.
- HUESA VINAIXA, R., “La jurisdicción extraterritorial española sobre el tráfico ilícito de armas y los tratados internacionales suscritos por España”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, (31), 2016, pp. 1-44.
- JACOBS, D., “The importance of being earnest: the timeliness of the challenge to admissibility in Katanga”, *Leiden Journal of International Law*, 23(2), 2010, pp. 331-342.
- JAIN, Neha, “Forced Marriage as a Crime against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, 6(5), 2008, pp. 1013-1032.
- JALLOH, C. C., “What makes a crime a crime against humanity”, *American University International Law Review*, 28(1), 2013, pp. 381-441.
- JALLOH, C. C., “Situation in the Republic of Kenya”, *American Journal of International Law*, 105(3), 2011, pp. 540-547.
- JØRGENSEN, N.H.B., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, 11(4), 2012, pp. 657-688.
- KASTNER, P., “Armed Conflicts and Referrals to the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 12(3), 2014, pp. 471-490.
- KEPPLER, E., “Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa”, *Journal of African Law*, 56(1), 2011, pp. 1-14.
- KIYANI, A. G., “Al-Bashir & the ICC: The Problem of Head of State Immunity”, *Chinese Journal of International Law*, 12(3), 2013, p. 467–508.
- KLEFFNER, J. K., “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”, *Journal of International Criminal Justice*, 1(1), 2003, pp. 86-113.
- KRESS, C., “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Katanga Decision”, *Leiden Journal of International Law*, 23(4), 2010, pp. 855-873.
- KRESS, C., “The Crime of Genocide and Contextual Elements”, *Journal of International Criminal Justice*, 7(2), 2009, pp. 297-306.
- KRESS, C., “The Darfur Report and Genocidal Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 2005, pp. 562-578.
- KRESS, C., “Self-referrals’ and ‘waivers of complementarity’. Some considerations in law and policy”, *Journal of International Criminal Justice*, 2(4), 2004, pp. 944-948.

- KRESS, C., “War crimes Committed in Non-International Armed Conflicts and the Emerging System of International Criminal Justice” en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2001, pp. 103-177.
- LUBAN, D., “After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, 11(3), 2013, pp. 505-515.
- LUBAN, D., “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, 29(1), 2004, pp. 85-167.
- MacKINNON, C., “Defining Rape Internationally: A comment on Akayesu”, *Columbia Journal of International Law*, 44(3), 2006, pp. 940-958.
- MARKOVIC, M., “Vessels of Reproduction: Forced Pregnancy and the ICC”, *Michigan State Journal of International Law*, 16(2), 2007, pp. 439-458.
- MARTIN BERINGOLA, A. “Ensuring Protection of Child Soldiers from Sexual Violence: Relevance if the Ntaganda Decision in the Confirmation of Charges Narrowing the Gap”, *Amsterdam Law Forum*, 8(2), 2016, pp. 58-68.
- MAZJUB, Diba, “Peace or justice? Amnesties and the International Criminal Court”, *Melbourne Journal of International Law*, 3(2), 2002, pp. 1-33.
- MÉGRET, F., SAMSON, M. G., “Holding the line on complementarity in Libya”, *Journal of International Criminal Justice*, 11(3), 2013, pp. 571-589.
- MERON, T., “Is international law moving towards criminalization?”, *European Journal of International Law*, 9(1), 1998, pp. 18-31.
- MITCHELL, D. S., 2005. “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of Jus Cogens: Clarifying the Doctrine”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 15(2), pp. 219-257.
- MURPHY, R., “Gravity issues and the International Criminal Court”, *Criminal Law Forum*, 17(3), 2006, pp. 281-315.
- NEWTON, M. A., “The complementarity conundrum: are we watching evolution or evisceration?”, *Santa Clara Journal of International Law*, 8(1), 2010, pp. 115-164.
- NGUYEN, F., “Untangling Sex, Marriage, and Other Criminalities in Forced Marriage”, *Goettingen Journal of International Law*, 6(1), 2014, pp. 13-45.
- NMAJU, M.C., “Violence in Kenya: Any Role for the ICC in the Quest of Accountability?”, *African Journal of Legal Studies*, 3(1), 2009, pp. 78-95.
- NOUWEN, S., WERNER, W., “Doing justice to the political: the International Criminal Court in Uganda and Sudan”, *European Journal of International Law*, 21(4), 2010, pp. 941-965.

- O'KEEFE, R., "Grave breaches regime and universal jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice*, 7(4), 2009, pp. 811-831.
- O'SULLIVAN, C., "Dying for the bonds of marriage: forced marriages as a weapon of genocide", *Hastings Women's Law Journal*, 22(2), 2011, pp. 271-294.
- OSTERVELD, V., "The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments", *Cornell International Law Journal*, 44(1), 2011, pp. 49-74.
- OOSTERVELD, V., "The Definition of 'Gender' in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?", *Harvard Human Rights Law Journal*, (18), 2005, pp. 55-84.
- ORAKHELASHVILI, A., "State immunity and international public order", *German Yearbook of International Law*, (45), 2002, pp. 227-267.
- ORENTLICHER, D., "Settling Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, 100(8), 1991, pp. 2537-2615.
- PALMER, A., "An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of 'Forced Marriage'", *Northwestern Journal of International Human Rights*, 7(1), 2009, pp. 1-28.
- PITTS, C. M., "Being able to prosecute Saif-Al-Islam Gaddafi: applying Article 17(3) of the Rome Statute to Libya", *Emory International Law Review*, 27(2), 2013, pp. 1291-1339.
- RASTAN, R., "What is a 'Case' for the purpose of the Rome Statute?", *Criminal Law Forum*, 19(3-4), 2008, pp. 435-448.
- RASTAN, R., "Testing Co-operation: The International Criminal Court and National Authorities", *Leiden Journal of International Law*, 21(2), 2008, pp. 431-456.
- REMIRO BROTONS, Antonio, "Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo" en Documentos de Trabajo FRIDE, n° 10, 2005, pp. 1-18.
- ROBINSON, D., "The Controversy over Territorial State Referrals and Reflections on ICL Discourse", *Journal of International Criminal Justice*, 9(2), 2011, pp. 355-384.
- ROBINSON, D., "The mysterious mysteriousness of complementarity", *Criminal Law Forum*, 10(1), 2010, pp. 67-102.
- ROBINSON, D., "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, 14(3), 2003, pp. 481-505.
- RODENHÄUSER, T., "Beyond State Crimes: Non-State Entities and Crimes against Humanity", *Leiden Journal of International Law*, 27(4), 2014, pp. 913-928.

- RODMAN, K. A., “Is the peace in the interest of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, 22(1), 2009, pp. 99-126.
- RUSSELL, C. C., “The Chapeau of Crimes Against Humanity. The Impact of the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Eyes on the ICC*, 8(1), 2011, pp. 25-72.
- SÁCOUTO, S., CLEARY, K., “The Gravity Threshold of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 23(5), 2007, pp. 807-854.
- SADAT, L. N., “Exile, Amnesty and International Law”, *Notre Dame Law Review*, 81(3), 2006, pp. 955-1036.
- SADAT, L. N., “Crimes Against Humanity in the Modern Age”, *American Journal of International Law*, 107(2), 2013, pp. 334-377.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de Jurisdicción Universal”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (27), 2014, pp. 1-40.
- SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., “La Corte Penal Internacional y las Jurisdicciones Nacionales: dimensiones sustantiva y procesal” en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 10, 2004, pp. 79-96.
- SCHABAS, W. A., “The International Criminal Court at ten”, *Criminal Law Forum*, 22(4), 2011, pp. 493-509.
- SCHABAS, W. A., “Victor’s Justice: Selecting ‘Situations’ at the International Criminal Court”, *John Marshall Law Review*, 43(3), 2010, pp. 535-552.
- SCHABAS, W. A., “State Policy as an Element of International Crimes”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 98(3), 2008, pp. 953-982.
- SCHABAS, W. A., “The Special Tribunal for Lebanon: Is an international tribunal equivalent to an international criminal court?”, *Leiden Journal of International Law*, 21(2), 2008, pp. 513-528.
- SCHABAS, W. A., “Darfur and the ‘Odious Scourge’: the Commission of Inquiry’s Findings on Genocide”, *Leiden Journal of International Law*, 18(4), 2005, pp. 871-885.
- SCHABAS, W. A., “Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 6(2), 2000, pp. 375-387.
- SCHABAS, W. A., “Prosecutorial discretion v. Judicial Activism”, *Journal of International Criminal Justice*, 6(4), 2008, pp. 731-761.
- SCHABAS, William A., “Complementarity in practice: some uncomplimentary thoughts”, *Criminal Law Forum*, vol. 19, nº 1, 2008, pp. 5-33.

- SCHOMBURG, W., PETERSON, I., “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law”, *American Journal of International Law*, 101(1), 2007, pp. 121-141.
- SEIBERT-FOHR, A., “The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, (7), 2003, pp. 553-590.
- SELLERS, P. V., “Sexual Violence and Peremptory Norms: The Legal Value of Rape”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 34(3), 2002, pp. 287-303.
- SLUITER, G., “Obtaining cooperation from Sudan”, *Journal of International Criminal Justice*, 6(5), 2008, pp. 871-884.
- SMITH, S. E., “Inventing the Laws of Gravity: The ICC’s Initial Decision and its Regressive Consequences”, *International Criminal Law Review*, 8(1-2), 2008, pp. 331-352.
- SPENCER, Thomas, “A Complementarity Conundrum: International Criminal Enforcement in the Mexican Drug War”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 45(2), 2012, pp. 599-638.
- SSENYONJO, M., “The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan” en *International Comparative Law Quarterly*, 59(1), 2010, pp. 205-225.
- STAHN, C., “Justice Delivered or Justice Denied? The Legacy of the Katanga Judgment”, *Journal of International Criminal Justice*, 12(4), 2014, pp. 809-834.
- STAHN, C., “Libya, the International Criminal Court and complementarity”, *Journal of International Criminal Justice*, 10(2), 2012, pp. 325-349.
- STAHN, C., “One step forward, two steps back?: Second thoughts on a ‘sentenced-based’ theory of complementarity”, *Harvard International Law Journal*, (53), 2012, pp. 183-196.
- STAHN, C., “Perspectives on Katanga: an introduction”, *Leiden Journal of International Law*, 23(2), 2010, pp. 311-318.
- STAHN, C., “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 2005, pp. 695-720.
- STAHN, C., “The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)”, *European Journal of International Law*, 14(1), 2003, pp. 85-104.
- STAHN, C., EL ZEIDY, M., OLASOLO, H., “The International Criminal’s Court ad hoc jurisdiction revisited”, *American Journal of International Law*, 9(2), 2005, pp. 421-431.

- STEVEN, L. A., “Genocide and the duty to extradite or prosecute: why the United States is in breach of its international obligations”, *Virginia Journal of International Law*, 39(2), 1999, pp. 425-466.
- TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, (15), 2012, pp. 117-151.
- TLADI, D., “The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities and Article 98”, *Journal of International Criminal Justice*, 11(1), 2013, pp. 199-221.
- TLADI, D., “The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 13(5), 2015, pp. 1027-1047.
- TOCHILOVSKY, V., “Procedimientos ante la Corte Penal Internacional: algunas lecciones que aprender de la experiencia del TPIY”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (19), 2007, pp. 365-374.
- TOTTEN, Christopher D., TYLER, Nicholas, “Arguing for an Integrated Approach to Resolving the Crisis in Darfur: the Challenges of Complementarity, Enforcement and Related Issues in the International Criminal Court”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98(3), 2008, pp. 1069-1118.
- TUNKS, M. A., “Diplomats or defendants? Defining the future of Head of State immunity”, *Duke Law Journal*, 52(3), 2002, pp. 651-682.
- VACAS FERNÁNDEZ, F., “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina: un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (30), 2015, pp. 1-43.
- VAN SCHAACK, B., “The Definition of Crimes Against Humanity: resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law*, (37), 1999, pp. 787-850.
- VAN STEENBERGHE, R., “The obligation to extradite or prosecute: clarifying its nature”, *Journal of International Criminal Justice*, 9(5), 2011, pp. 1089-1116.
- VENTURA, M. J., “Escape from Johannesburg?”, *Journal of International Criminal Justice*, 13(5), 2015, pp. 995-1025.
- VERHOEVEN, J., “Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté”, *Revue Belge de Droit International*, 24(1), 1991, pp. 5-26.
- VEST, H., “A Structure-based concept of genocidal intent”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(4), 2007, pp. 781-797.
- VIDMAR, J., “Palestine and the conceptual problem of implicit statehood”, *Chinese Journal of International Law*, 12(1), 2013, pp. 19-41.

- VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 329-383.
- WEINER, P., “The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law”, *Boston Collage International & Comparative Law Review*, 54(3), 2013, pp. 1207-1237.
- WEISS, W., “Security Council Powers and the Exigencies of Justice after War”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, (12), 2008, p. 45-111.
- WILLIAMS, S., SHERIF, L., “The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court”, *Journal of Conflict & Security Law*, 14(1), 2009, pp. 71-92.
- WOOD, S., “A Woman Scorned for the ‘Least Condemned’ War Crime: Precedent and Problems with Prosecuting Rape as a Serious War Crime in the International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Columbia Journal of Gender and Law*, 13(2), 2004, pp. 274-327.
- WOUTERS, J., “The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks”, *Leiden Journal of International Law*, 16(2), 2003, pp. 253-267.
- YANG, L., “On the principle of complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Chinese Journal of International Law*, 4(1), 2005, pp. 121-132.
- ZIMMERMANN, A., “Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis?”, *Journal of International Criminal Justice*, 11(2), 2013, pp. 303-329.
- ZORRILLA, M., “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, (34), 2005, pp. 1-94.

4. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- AKANDE, D., “Court between A Rock and a Hard Place: Comoros Refers Israel’s Raid on Gaza Flotilla to the ICC” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 15-05-13: <https://www.ejiltalk.org/court-between-a-rock-and-a-hard-place-comoros-refers-israels-raid-on-gaza-flotilla-to-the-icc/>
- AKANDE, D., “ICC Prosecutor decides that he can’t decide on the statehood of Palestine. Is He Right?” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 02-04-12: <http://www.ejiltalk.org/icc-prosecutor-decides-that-he-cant-decide-on-the-statehood-of-palestine-is-he-right/>
- AKANDE, D., “Palestine as a UN Observer State: does this make Palestine a State?” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 03-12-12:

<https://www.ejiltalk.org/palestine-as-a-un-observer-state-does-this-make-palestine-a-state/>

AKANDE, D., “The Bashir Case: Has the South African Supreme Court Abolished Immunity for all Heads of States?” en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 29-03-16: <http://www.ejiltalk.org/the-bashir-case-has-the-south-african-supreme-court-abolished-immunity-for-all-heads-of-states/>

AZAROV, V., “ICC jurisdiction in Palestine: blurring law and politics”, *JURIST.org Forum*, publicado el 09-04-12: <http://jurist.org/forum/2012/04/valentina-azarov-icc-palestine.php>

AZAROV, V., MELONI, C., “Disentangling the Knots: A Comment on Ambos’ ‘Palestine, ‘Non-Member Observer’ Status and ICC Jurisdiction’ en EJIL: Talk, *Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 27-05-14: <https://www.ejiltalk.org/disentangling-the-knots-a-comment-on-ambos-palestine-non-member-observer-status-and-icc-jurisdiction/>

BUCHAN, R., “Scoping Out the Crime: Palestine, the Mavi Marmara and the ICC” en *Justice in Conflict Blog*, publicado el 08-12-14: <https://justiceinconflict.org/2014/12/08/scoping-out-the-crime-palestine-the-mavi-marmara-and-the-icc/>

DE HOON, M., FRASER, J., MCGONIGLE LEYH, B. (Eds.), “Legal Remedies for Downing Flight MH17”, White Paper, by *Public International Law & Policy Group and VU University Amsterdam*. Disponible en: http://www.vu.nl/nl/Images/Legal_Remedies_for_Downing_Flight_MH17_tcm289-747125.pdf

GURD, T., “Arresting the ‘Big Fish’: Lessons on State Cooperation for the International Criminal Court” en Nick Donovan (Ed.), *The Enforcement of International Criminal Law*, Aegis, 2009, pp. 1-56. Disponible en: http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/603D8E48589F6DD1C12577E70039FB54-Aegis_Jan2009.pdf

HELLER, K. J., “Why It’s Counterproductive to Discuss an MH17 Tribunal” publicado en *Opinio juris* el 25-06-15: <http://opiniojuris.org/2015/09/26/pointless-talk-about-an-mh17-tribunal/>

HELLER, K. J., “Which organ of the ICC decides whether Palestine is a State?” en *Opinio Juris*, publicado el 12-04-12: <http://opiniojuris.org/2012/04/04/which-organ-of-the-icc-decides-whether-palestine-is-a-state/>

HELLER, K. J., “Thoughts on the Ukraine Ad Hoc Self-Referral” en *Opinio juris*, publicado el 18-04-14: <http://opiniojuris.org/2014/04/18/thoughts-ukraine-ad-hoc-self-referral/>

HELLER, K. J., “Why It’s Counterproductive to Discuss an MH17 Tribunal” en *Opinio juris*, publicado el 25-06-15: <http://opiniojuris.org/2015/09/26/pointless-talk-about-an-mh17-tribunal/>

- HELLER, K. J., “Appeals Chamber fails to see the forest — Complementarity Edition” en *Opinio Juris*, publicado el 01-06-15: <http://opiniojuris.org/2015/06/01/appeals-chamber-fails-to-see-the-forest-complementarity-edition/#comments>
- HELLER, K. J., “Thoughts on the Baffling Comoros Declination” en *Opinio juris*, publicado el 18-11-14: <http://opiniojuris.org/2014/11/18/thoughts-baffling-comoros-declination/>
- HELLER, K. J., “The Pre-Trial Chamber’s dangerous Comoros Review Decision” en *Opinio Juris*, publicado el 17-07-15: <http://opiniojuris.org/2015/07/17/the-pre-trial-chambers-problematic-comoros-review-decision/>
- JACOBS, D., “The ICC and complementarity: a tale of false promises and mixed up chameleons” en *Post-Conflict Justice*, publicado el 11-12-14: <http://postconflictjustice.com/the-icc-and-complementarity-a-tale-of-false-promises-and-mixed-up-chameleons/>
- JACOBS, D., “The Comoros Referral to the ICC of the Israel Flotilla Raid: When a ‘situation’ is not really a ‘situation’” en *Spreading the Jam*, publicado el 15-05-13: <https://dovjacobs.com/?s=the+comoros+referral+to+icc+of+israel>
- JACOBS, Dov, “Are all crimes committed in Palestine between 2002 and 2014 now beyond the reach of the ICC? Possibly” en *Spreading the Jam*, publicado el 06-01-15: <https://dovjacobs.com/2015/01/06/are-all-crimes-committed-in-palestine-between-2002-and-2014-now-beyond-the-reach-of-the-icc-possibly/>
- JACOBS, Dov, “ICC Judges ask the Prosecutor to reconsider decision not to investigate Israeli Gaza Flotilla conduct” en *Spreading the Jam*, publicado el 20-07-15: <http://dovjacobs.com/2015/07/20/icc-judges-ask-the-prosecutor-to-reconsider-decision-not-to-investigate-israeli-gaza-flotilla-conduct/>
- KAYE, D. *et al.*, “The Council and the Court: Improving Security Council Support of the International Criminal Court” en *University of California, School of Law*, Irvine, 2013, pp. 1-42: <http://councilandcourt.org/files/2013/05/The-Council-and-the-Court-FINAL.pdf>
- KEARNEY, M., “Palestine and the International Criminal Court: asking the right question” en *UCLA Human Rights & International Criminal Law Online Forum*: <http://iccforum.com/gaza#Kearney>
- KERSTEN, M., “Why the ICC won’t prosecute Museveni” en *Justice in Conflict*, publicado el 15-03-15: <http://justiceinconflict.org/2015/03/19/why-the-icc-wont-prosecute-museveni/>
- KERSTEN, M., “Sudan, South Africa and the future of the International Criminal Court in Africa” en *Justice in Conflict*, publicado el 14-10-15: <https://justiceinconflict.org/2015/10/14/sudan-south-africa-and-the-future-of-the-international-criminal-court-in-africa/>
- KERSTEN, M., “Why is the International Criminal Court stepping out of Africa and into Georgia?” en *Justice in Conflict*, publicado el 06-02-16:

- <https://justiceinconflict.org/2016/02/06/why-is-the-international-criminal-court-stepping-out-of-africa-and-into-georgia/>
- KERSTEN, M., “The al-Mahdi Case is a Breakthrough for the International Criminal Court” en *Justice in Conflict*, publicado el 25-08-16: <https://justiceinconflict.org/2016/08/25/the-al-mahdi-case-is-a-breakthrough-for-the-international-criminal-court/>
- KERSTEN, M., “Five Take-Aways from the ICC’s Latest Bombshell Report” en *Justice in Conflict*, publicado el 20-11-15: <http://justiceinconflict.org/2015/11/20/five-take-aways-from-the-iccs-latest-bombshell-report/>
- KERSTEN, M., “Hold your horses-ICC complementarity” publicado en *Justice Hub* el 16-06-16: <https://justicehub.org/article/hold-your-horses-icc-complementarity>
- KERSTEN, M., “Politics, a Poison for Justice?” en *Justice in Conflict*, publicado el 05-06-12: <https://justiceinconflict.org/2012/06/05/politics-a-poison-for-justice/>
- McDERMOTT, Yvonne, “The ICC Prosecutor 'shelves' the Darfur situation: What is the Security Council supposed to do?” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 14-12-14: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2014/12/some-thoughts-on-shelving-of-darfur.html>
- McDERMOTT, Y., “ICC extends war crimes of rape and sexual slavery to victims from same armed forces” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 05-01-17: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2017/01/icc-extends-war-crimes-of-rape-and.html>
- McDERMOTT, Y., “Supreme Court of South Africa finds Government's failure to arrest Bashir was unlawful” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 15-03-16: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2016/03/supreme-court-of-south-africa-finds.html>
- MISTRY, H., RUIZ VERDUZCO, D., “The UN Security Council and the International Criminal Court” en *International Law Meeting Summary, with Parliamentarians for Global Action*, Chatham House, 2012: <http://www.pgaction.org/pdf/activity/Chatham-ICC-SC.pdf>
- MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, Collections électroniques de l’Institut de hautes études internationales et du développement, Graduate Institute Publications Online, 2009: <http://books.openedition.org/iheid/301>
- MOSS, L., “The UN Security Council and the International Criminal Court. Towards a more principled relationship” en *Friedrich-Ebert-Stiftung, Global Policy and Development*, 2012: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/08948.pdf>
- NOUWEN, S., “New journal; new blog; new reading: The ICC’s Arrest Warrants for Incumbent Presidents”, en *Cambridge International Law Journal*, publicado el 12-12-

- 11: <http://cjiicl.org.uk/2011/12/12/new-journal-new-blog-new-reading-the-iccs-arrest-warrants-for-incumbent-presidents-2/>
- PECORELLA, G., “The Comoros situation, the Pre-Trial Chamber and the Prosecutor: the Rome Statute’s system of checks and balances is in good health” en *International Law Blog*, publicado el 30-11-15: <https://aninternationallawblog.wordpress.com/2015/11/30/the-comoros-situation-the-pre-trial-chamber-and-the-prosecutor-the-rome-statutes-system-of-checks-and-balances-is-in-good-health/>
- RICHEMOND-BARAK, D., “Double Duty at the ICC” en *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 12-01-15: <https://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/>
- ROBINSON, D., “Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC” en *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 27-09-11: <http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/>
- ROBINSON, D., “The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do with the Definition?” en *Queen's University Legal Research Paper No. 2015-013*, pp. 27-30: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531530
- SCHABAS, W. A., “Relevant depositary practice of the Secretary-General and its bearing on Palestinian Accession to the Rome Statute” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 03-11-11: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2011/11/relevant-depositary-practice-of.html>
- SCHABAS, W. A., “Out of Africa. Israel is Referred to the International Criminal Court” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 15-05-13. Disponible en <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2013/05/out-of-africa-israel-is-referred-to.html>
- SCHABAS, W. A., “Swiss Depositary accepts Palestine's accession to the Geneva Conventions” en *PhD studies in human rights Blog*, publicado el 12-04-14: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2014/04/swiss-depositary-accepts-palestines.html>
- SCHABAS, W. A., “Obama, Medvedev and Hu Jintao may be Prosecuted by International Criminal Court, Pre-Trial Chamber Concludes”, en *PhD Studies on Human Rights Blog*, publicado el 15-12-11: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2011/12/obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html>
- SLUITER, G., “There is a duty to cooperate for States in the arrest and surrender of Al Bashir, under the *Genocide Convention* and/or the *ICC Statute* and/or *UN Security Council Resolution 1593*. There is no convincing legal ground until this day justifying instances of non-cooperation in the arrest and surrender of Al Bashir” publicado en *Expert Comment on Darfur Question, ICC Forum*. Disponible en: <http://iccforum.com/darfur#Sluiter>

- URBAN, N., “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga” en *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 11-04-12: <https://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/>
- UZIEL, E., “The Vote of Brazil in the United Nations Security Council (1946–2011) and the Role of Elected Members in the Decision-Making Process” publicado en *Research Gate* en enero de 2015:
https://www.researchgate.net/publication/301231230_The_Vote_of_Brazil_in_the_United_Nations_Security_Council_1946-2011_and_the_Role_of_Elected_Members_in_the_Decision-Making_Process
- VIDMAR, J., “Does General Assembly Resolution 67/19 have any legal implications for the legal status of Palestine?” en *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, publicado el 04-12-12: <https://www.ejiltalk.org/does-general-assembly-resolution-6719-have-any-implications-for-the-legal-status-of-palestine/>
- WHITING, A., “The significant firsts of an ICC investigation in Georgia” en *Just Security*, publicado el 14-10-15: <https://www.justsecurity.org/26817/icc-investigation-georgia/>
- WHITING, A., “The ICC Prosecutor should reject judges’ decision in Mavi Marmara” publicado en *Just Security* el 20-07-15: <https://www.justsecurity.org/24778/icc-prosecutor-reject-judges-decision-mavi-marmara/>
- WHITING, A., “The Mavi Marmara Appeal: The ICC Prosecutor Wins by Losing” en *Just Security* publicado el 09-11-15: <https://www.justsecurity.org/27480/mavi-marmara-icc-prosecutor-wins-losing/>
- WOUTERS, J., “The Obligation to Prosecute International Law Crimes”, The Need for Justice and Requirements for Peace and Security, Proceedings of the Bruges Colloquium, 9th-10th September 2004, Bruges, College of Europe: <https://www.coleurope.eu/content/publications/pdf/Collegium%2032.pdf>
- ZGONEC-ROŽEJ, M., FOAKES, J., “International criminals: extradite or prosecute?” en *International Law Briefing Paper*, July 2013, Chatham House: <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/192991>

B) FUENTES JURISPRUDENCIALES

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL

República Democrática del Congo

Situation in the Democratic Republic of Congo, “Decision on the Applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6”, PTC I, 17-01-06.

Situation in Democratic Republic of the Congo, “Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58”, PTC I, 10-02-06.

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’”, AC, 13-07-06.

ICC 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”, AC, 25-09-09.

ICC Prosecutor v. Germain Katanga, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14.

ICC Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 30-09-08.

ICC Prosecutor v. Germain Katanga, “Motion challenging the admissibility of the case by the Defense of Germain Katanga, pursuant to Article 19(2) of the Statute”, TC II, 11-03-11.

ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC I, 14-03-12.

ICC Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Decision concerning Pre-Trial Chamber I’s Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo”, PTC I, 24-02-06.

Prosecutor v. Germain Katanga, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, TC II, 07-03-14.

ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, “Decision on the confirmation of charges”, PTC I, 16-12-11.

ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, “Decision on the confirmation of charges”, Dissenting opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng, PTC I, 16-12-11.

ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda” PTC II, 09-06-14.

ICC Prosecutor v. Bosco Ntaganda, “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, TC VI, 04-01-17.

ICC Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, “Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana”, PTC I, 28-09-10.

Kenia

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”, PTC II, 31-03-10.

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”, Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, PTC II, 31-03-10.

ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, PTC II, 30-05-11.

ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, PTC II, 30-05-11.

ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute"”, AC, 30-08-11.

ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute"”, AC, 30-08-11.

ICC Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, PTC II 26-01-12.

ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, PTC II, 23-01-12.

ICC Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, “Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal”, TC V(A), 05-04-16.

Darfur (Sudán)

Situation in Darfur, the Sudan, “Prosecutor's Application under Article 58(7)”, PTC I, 27-02-07.

Situation in Darfur, the Sudan, “Public Redacted Version of the Prosecutor’s Application under Article 58”, PTC I, 14-07-08.

ICC Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"), “Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute”, PTC I, 27-04-07.

ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 04-03-09.

ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, PTC I, 04-03-09.

ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir, “Judgment on the appeal of the Prosecutor against the ‘Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir’”, AC, 03-02-10.

ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Al Bashir, “Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest”, PTC I, 12-07-10.

ICC Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, “Decision on the Confirmation of Charges”, PTC I, 08-02-10.

ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 12-12-11.

ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, PTC I, 13-12-11.

ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, PTC II, 09-04-14.

ICC Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, “Corrigendum of the ‘Decision on the Confirmation of Charges’”, PTC I, 07-03-11.

- ICC Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain, “Decision on the Prosecution’s Request for a finding of non-compliance”, TC IV, 19-11-15.
- ICC Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein, “Decision on the Prosecutor’s Request for a finding of non-compliance against the Republic of the Sudan”, PTC II, 26-06-15.
- ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the Prosecutor’s Request for finding of Non-Compliance against the Republic of the Sudan”, PTC II, 09-03-15.
- ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court”, PTC II, 05-11-13.
- ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute”, PTC II, 12-07-16.
- ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute”, PTC II, 11-07-16.
- ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, PTC II, 26-03-13.
- ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision requesting observations from the Republic of Kenya”, PTC I, 25-10-10.
- ICC Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to Djibouti”, PTC I, 13-05-11.
- El Fiscal c. Ahmed Harun y Ali Kushayb, “Decisión por la que se informa al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de la falta de cooperación de la República de Sudán”, SCP I, 25-05-10 (disponible en castellano).
- El Fiscal c. Omar Hassan Ahmed Al Bashir, “Decisión por la que se informa al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la reciente visita de Omar Al Bashir a la República del Chad”, SCP I, 27-08-10.
- El Fiscal c. Omar Hassan Ahmed Al Bashir, “Decisión por la que se informa al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la presencia de Omar Al Bashir en el territorio de la República de Kenia”, SCP I, 27-08-10.

Costa de Marfil

Situation in 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", PTC III, 03-10-11.

ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo, "Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo", PTC III, 30-11-11.

ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo, "Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute" PTC I, 03-06-13.

ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo, "Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute", Dissenting opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi, PTC I, 03-06-13.

ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo, "Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer", AC, 09-10-13.

ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo, "Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo", PTC I, 12-06-14.

ICC Prosecutor v. Charles Blé Goudé, "Decision on the Defence challenge to the admissibility of the case against Charles Blé Goudé for insufficient gravity", PTC I, 12-11-14.

ICC Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, "Decision on Prosecution requests to join the cases of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and The Prosecutor v. Charles Blé Goudé and related matters", TC I, 11-03-15.

ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", PTC III, 21-06-16.

República Centroafricana

ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba, "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo", PTC II, 15-06-09.

ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Gombo, "Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges", TC III, 24-06-10.

ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, "Corrigendum to Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled "Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges"", AC, 19-10-10.

ICC Prosecutor v. Simone Gbagbo, “Warrant of Arrest for Simone Gbagbo”, PTC III, 29-02-12.

ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Application challenging the admissibility of the case pursuant to Articles 17 and 19(2)(a) of the Rome Statute”, TC III, 25-02-2015.

ICC Prosecutor v. Simone Gbagbo, “Judgment on the appeal of Côte d’Ivoire against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled ‘Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo’”, AC, 27-05-15.

ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC III, 21-03-16.

ICC Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, TC VII, 19-10-16.

Uganda

ICC Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute”, PTC II, 10-03-09.

ICC Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, “Judgment on the appeal of the Defence against the "Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute" of 10 March 2009”, AC, 16-09-09.

ICC Prosecutor v. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, PTC II, 23-03-16.

Libia

ICC Prosecutor v. Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, PTC I, 31-05-13.

ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, PTC I, 11-10-13.

ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, AC, 21-05-14.

ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, Dissenting Opinion Judge Anita Ušacka, AC, 21-05-14.

ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi””, Separate Opinion Judge Sang-Hyun Song, AC, 21-05-14.

ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, “Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of the Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi’”, AC, 24-07-14.

ICC Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, “Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council”, PTC I, 10-12-14.

Mali

ICC Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, “Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi”, PTC, 24-03-16.

ICC Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, “Judgment and Sentence”, TC VIII, 27-09-16.

Georgia

Situation in Georgia, “Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15”, PTC I, 13-10-15.

Situation in Georgia, “Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation”, PTC I, 27-01-16.

Situation in Georgia, “Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation”, Separate Opinion of Judge Péter Kovács, PTC I, 27-01-16.

Otras decisiones

Situation in the Arab Republic of Egypt, “Public Document with Confidential Annexes 1 and 2 (available to all parties) Request for review of the Prosecutor’s decision of 23 April 2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar’s Decision of 25 April 2014”, The Presidency and the President of the Pre-Trial Division, 23-05-14.

Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros et al., “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, PTC I, 16-07-15.

Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros et al., “Decision on the request of the Union of Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, Partly Dissenting Opinion of Judge Péter Kovács, PTC I, 16-07-15.

Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros *et al.*, “Decision on the admissibility of the Prosecutor’s appeal against the ‘Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation’”, AC, 06-11-15.

2. TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

The Prosecutor v. Zejnil Delalić *et al.*, (IT-96-21-T), Judgment, 16-11-98.
The Prosecutor v. Anto Furundžija, (IT-95-17/1-T), Judgment, 10-12-98.
The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac *et al.*, (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Judgment, 12-06-02.
The Prosecutor v. Duško Tadić, (IT-94-1-T), Opinion and judgment, 07-05-97.
The Prosecutor v. Duško Tadić, (IT-94-1-A), Judgment, 15-07-99.
The Prosecutor v. Goran Jelisić, (IT-95-10-T), Judgment, 14-12-99.
The Prosecutor v. Goran Jelisić (IT- 95-10-A), Partial Dissenting Opinion of Judge Wald, 05-07-01.
The Prosecutor v. Zoran Kupreškić *et al.*, (IT-95-16-T), Judgment, 14-01-00.
The Prosecutor v. Tihomir Blškić, (IT-95-14), Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29-10-97.
The Prosecutor v. Radislav Krstić, (IT-98-33-T), Judgment, 02-08-01.
The Prosecutor v. Radislav Krstić, (IT-98-33-A), Judgment, 19-04-04.
The Prosecutor v. Vujadin Popović *et al.*, (IT-05-88-T), Judgment, 10-06-10.
The Prosecutor v. Milomir Stakić, (IT-97-24-A), Judgment, 22-03-06.
The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, (IT-97-25-T), Judgment, 15-03-02.
The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, (IT-99-36-T), Judgment, 01-09-04.
The Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić, (IT-02-60-T), Judgment, 17-01-05.
The Prosecutor v. Milan Lukić, (IT-98-32/1-T), Judgment, 20-07-09.
The Prosecutor v. Momčilo Perišić, (IT-04-81-T), Judgment, 06-09-11.
The Prosecutor v. Milan Martić, (IT-95-11-T), Judgment, 12-06-07.
The Prosecutor v. Milan Milutinović *et al.*, (IT- 05-87-T), Judgment, 26-02-09.
The Prosecutor v. Dario Kordić *et al.*, (IT-95-14/2-A), Judgment, 17-12-04.
The Prosecutor v. Duško Tadić, (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, AC, 02-10-95.
The Prosecutor v. Anto Furundžija, (IT-95-17/1), Decision on the Defendant’s Motion to Dismiss Counts 13 and 14 of the Indictment (Lack of Subject Matter Jurisdiction), 29-05-98.

3. TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA RUANDA

The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, (ICTR-96-4-T), Judgment, 02-09-98.
The Prosecutor v. Nderubumwe Rutaganda, (ICTR-96-3-T), Judgment and Sentence, 06-12-99.
The Prosecutor v. Alfred Musema, (ICTR-96-13-T), Judgment, 27-01-00.
The Prosecutor v. Laurent Semanza, (ICTR-97-20-T), Judgment and Sentence, 15-05-03.

The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, (ICTR-95-1-A), Judgment, 01-06-01.
The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, (ICTR-01-64-A), Judgment, 07-07-06.
The Prosecutor v. Jean Kambanda, (ICTR-97-23-S), Judgment and Sentence 04-09-98.
The Prosecutor v. Omar Serushago, (ICTR-98-39-S), Sentence 02-02-99.
The Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka, (ICTR-96-14-A), Judgment 09-07-04.
The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, (ICTR-65-1A-T), Judgment, 07-06-01.
The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli, (ICTR-98-44A-T), Judgment, 01-12-03.
The Prosecutor v. Jan de Dieu Kamuhanda, (ICTR-95-54A-T), Judgment, 22-01-04.
The Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi, (ICTR-2000-55A-T), Judgment, 12-09-06.
The Prosecutor v. Anatole Nsengiyumva, (ICTR-96-12-I), Decision on the Defence Motions Objecting to the Jurisdiction of Trial Chamber on the Amended Indictment, 13-04-00.
The Prosecutor v. Édouard Karemera *et al.*, (ICTR-98-44-AR73(C)), Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice, 16-06-06.

4. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA

The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay *et al.*, (SCSL-04-15-T), Judgment, 02-03-09.
The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay *et al.*, (SCSL-04-15-A), Judgment, 26-10-09.
The Prosecutor v. Alex Tamba Brima *et al.*, (SCSL-04-16-T), Judgment, 20-06-07.
The Prosecutor v. Alex Tamba Brima *et al.*, (SCSL-04-16-A), Judgment, 22-02-08.
The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, (SCSL-03-01-T), Judgment, 18-05-12.
The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa, (SCSL-04-14-A), Judgment, 28-05-08.
The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, (SCSL-2003-01-PT), Prosecution response to defence motion to quash the indictment against Charles Ghankay Taylor”, 23-07-03.
The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, (SCSL-2003-01-1), Decision on Immunity from Jurisdiction, AC, 31-05-04.

5. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.

Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 03-02-15.

6. TRIBUNALES NACIONALES

Sentencia n° 296/2015 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 6 de Mayo de 2015.

Sentencia condenando al ex dictador Ríos Montt por genocidio, C-01076-2011-00015 0F.2°. Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Guatemala, 10-05-13.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Argentina. Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional”, 09-12-85.

Court of Bosnia and Herzegovina, Prosecutor’s Office of Bosnia and Herzegovina v. Mitar Rašević and Savo Todović, Court of Bosnia and Herzegovina, Case No.: X-KR/06/275, 28-02-08.

Supreme Court of Appeal of South Africa, the Minister of Justice and Constitutional Development v. The Southern African Litigation Centre (867/15) ZASCA (15 March 2016).

C) FUENTES DOCUMENTALES

Comisión de Derecho Internacional, informe sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1996), A/51/10, Capítulo II Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Comisión de Derecho Internacional, informe sobre el 64° período de sesiones (7 de mayo a 1° de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012), A/67/10, Capítulo IX La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare).

Comisión de Derecho Internacional, informe sobre el 66° período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014), A/69/10, Capítulo VI La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare).

Fuentes

Comisión de Derecho Internacional, 67º período de sesiones (Ginebra, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2015), A/70/10, Primer Informe sobre los crímenes de lesa humanidad, presentado el 17-02-15.

Comisión de Derecho Internacional, 68º período de sesiones (Ginebra, 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), A/71/10, Segundo informe sobre los crímenes de lesa humanidad, presentado el 01-01-16.

Comisión de Derecho Internacional, 68º período de sesiones, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 14 de junio de 2016, A/CN.4/701.