

La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad

The International Criminal Court and national jurisdictions in light of the principle of complementarity

RECIBIDO EL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2015 / ACEPTADO EL 13 DE OCTUBRE DE 2015

Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público
Universidad de Murcia
jjpiernas@um.es

Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar la práctica de la Fiscalía y de los órganos judiciales de la Corte Penal Internacional en relación con el principio de complementariedad establecido por el Estatuto de Roma. A tal efecto, el artículo examina los elementos fundamentales del principio de complementariedad, y su aplicación práctica en cuatro situaciones actualmente examinadas por la Fiscalía, a saber, la República Democrática del Congo, Kenia, Libia y Colombia.

Palabras clave: Complementariedad, Principio, Fiscalía, Corte Penal Internacional, Jurisdicciones nacional

Abstract: This article aims to analyze the practice of the Office of the Prosecutor and of the judicial organs of the International Criminal Court in relation to the principle of complementarity established by the Rome Statute. To that end, the article examines the fundamental elements of the complementarity principle and its practical application in four situations currently examined by the Prosecutor of the Court, namely, the Democratic Republic of Congo, Kenya, Libya and Colombia.

Keywords: Complementarity Principle, Office of the Prosecutor, International Criminal Court, National Jurisdictions.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARTÍCULO 17 DEL ESTATUTO. PRINCIPIOS GENERALES. III. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD. 1. República Democrática del Congo. 2. Kenia. 3. Libia. 4. Colombia. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto analizar la práctica de la Fiscalía y de los órganos judiciales de la Corte Penal Internacional en relación con la aplicación del principio de complementariedad regulado principalmente por el artículo 17 del Estatuto de Roma.

Con ese fin, el estudio analiza, en primer lugar, los elementos fundamentales del principio de complementariedad, tal y como han sido interpretados por la doctrina y por la propia Fiscalía de la Corte Penal Internacional

(en adelante también «la Corte» o «la CPI») a través de sus publicaciones. A continuación, el artículo examina la aplicación práctica del principio de complementariedad en cuatro situaciones actualmente analizadas por la Fiscalía de la Corte, a saber, las de la República Democrática del Congo, Kenia, Libia y Colombia. Las tres primeras han sido seleccionadas por la relevante jurisprudencia que las mismas han generado sobre el principio objeto de análisis. La cuarta ha sido seleccionada por representar posiblemente el mayor exponente de la estrategia de complementariedad positiva de la Fiscalía.

El estudio concluye que la jurisprudencia de la Corte ha precisado los contornos de este principio y despejado alguno de los temores que sobre el mismo albergaban los Estados Parte del Estatuto de Roma. Asimismo, la estrategia de la Corte en relación con Colombia permite identificar las líneas rojas que la Fiscalía de la CPI está dispuesta a aceptar en materia de justicia transicional, algunas de las cuales parecen haber servido de modelo para el reciente acuerdo alcanzado por el Gobierno de Colombia y el líder de las FARC.

II. EL ARTÍCULO 17 DEL ESTATUTO. PRINCIPIOS GENERALES

De conformidad con el Estatuto de Roma (en adelante también «el Estatuto»), la Corte Penal Internacional no podrá conocer de un asunto que esté siendo investigado o enjuiciado por un Estado que tenga jurisdicción sobre el mismo. Lo anterior resulta de los artículos 53 y 17 del Estatuto, y viene corroborado tanto por el preámbulo como el primer artículo del Estatuto, que subrayan que la jurisdicción de la Corte «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales»¹. En los términos del actual Fiscal

¹ En concreto, el artículo 53 del Estatuto de Roma establece que «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:[...] b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17[...]; El carácter complementario de la jurisdicción de la CPI ha sido ampliamente analizado por la doctrina. Podemos destacar, entre otras obras, las de ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales. ¿Tiempos de 'Ingeniería Jurisdiccional'?», en J.A. Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 383-434; ETXEBARRIA ESTANKONA, K., «El inicio de una investigación por la Corte Penal Internacional: la superación del test de admisibilidad», R.V.A.P., n° especial 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 1241-1264; EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008; GÓMEZ

adjunto de la Corte, la CPI es una «corte de último recurso», que sólo interpondrá cuando un Estado Parte haya incumplido sus obligaciones con arreglo al Estatuto de Roma².

A este respecto, de conformidad con el primer apartado del artículo 17, la CPI declarará inadmisibles 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».

Por el contrario, la Corte podrá decidir intervenir para llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento de crímenes de su competencia si un Estado permanece inactivo, no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento de los crímenes en cuestión o no puede realmente hacerlo. De esta forma, la Fiscalía sólo interviene en ausencia de procedimientos nacionales auténticos y bajo el control judicial de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI³, con arreglo al artículo 15 del Estatuto.

BENÍTEZ, J.M., «Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales», *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, n° 82, 2006, pp. 35-62, OLÁSOLO ALONSO, H., «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, n° 24, 2012, pp. 1-54, y «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 2, 2013, pp. 47-80; SEILS, P., «Putting Complementarity in its Place», en C. Sthan (ed), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2015, pp. 305-327; SOLERA, O., «Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice», *International Review of the Red Cross*, 84, 2002, 145; o STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions The Principle of Complementarity*, Brill | Nijhoff, 2008.

² Discurso pronunciado el 13 de mayo de 2015 en Bogotá, Colombia, titulado «La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional», puede consultarse en español en el siguiente enlace de la página web de la Corte Penal Internacional: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>>.

³ Véase a este respecto el documento de política general sobre exámenes preliminares, publicado por la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2013, apartado 23: «las jurisdicciones nacionales

La introducción del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma responde a un equilibrio entre la competencia supranacional de la Corte para juzgar los crímenes más graves y el derecho soberano que los Estados tienen para investigar y enjuiciar a sus nacionales sin intromisión extranjera⁴ derecho que los Estados insistieron en preservar durante las negociaciones frente al riesgo que percibían de intervención supranacional de la Corte⁵. Asimismo, algunos autores subrayan el hecho de que la Corte Penal Internacional se creara mediante un tratado internacional, y no por resolución del Consejo de Seguridad como los tribunales internacionales anteriores, como justificativo de la mayor sensibilidad de la Corte respecto de las jurisdicciones nacionales⁶.

En relación con este último aspecto, se ha señalado que el sistema actual de complementariedad es imperfecto, porque no existe una obligación clara en Derecho internacional de enjuiciar las conductas tipificadas por el Estatuto a nivel nacional. Por lo tanto, y con el fin de completar el sistema de complementariedad, se ha propuesto que los Estados Partes del Estatuto adopten un Protocolo Facultativo al Estatuto de Roma que introduzca una obligación expresa y exigible de ejercer la jurisdicción nacional de los crímenes previstos en el Estatuto⁷.

El Estatuto de Roma emplea los términos de «situación» y «caso» en relación con el análisis de complementariedad. La Corte aclaró la diferencia entre ambos términos en una decisión de 2006 relativa a la situación en la República Democrática del Congo. Según la Corte, un caso se refiere a una persona o personas sospechosas de una conducta tipificada como delito en el Estatuto, mientras que una situación abarca un contexto geográfico y temporal, por

tienen la responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar los crímenes previstos en el Estatuto. La Corte sólo interviene cuando no existen procedimientos nacionales auténticos. Incumbe a la Fiscalía determinar si se cumplen los criterios estatutarios para la iniciación de investigaciones, con sujeción, cuando corresponda, a autorización judicial».

⁴ EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, p. 158, o SOLERA, O., «Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice», *International Review of the Red Cross*, 84, 2002, 145, 147.

⁵ BOAS, G.; BISCHOFF, J.L.; REID, N.L. y DON TAYLOR III, B., *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure*, *The International Criminal Law Practitioner*, vol. 3, Cambridge University Press, 2011, p. 67.

⁶ *Ibid.*, p. 67.

⁷ 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, 2010, pp. 1245-1266.

ejemplo un conflicto armado, en el marco del cual los crímenes previstos por el Estatuto fueron presuntamente cometidos. Una misma situación, por tanto, puede dar lugar al enjuiciamiento de numerosos casos⁸. Así, por ejemplo, en relación con la situación en Darfur, la Corte inició la investigación de diferentes casos mediante la adopción de órdenes de arresto contra Omar al-Bashir, Bahr Abu Garda, Ahmad Harun, y Ali Kushayb. A este respecto, solo la Corte, y no las jurisdicciones nacionales, es competente para decidir sobre la admisibilidad de una situación o caso a la luz del criterio de complementariedad conforme a los criterios establecidos en el artículo 17 del Estatuto.

Como se ha expuesto anteriormente, con arreglo al artículo 17.1 del Estatuto, apartados a) y b), la Corte declarará la inadmisibilidad de un asunto, en primer lugar, cuando el asunto sea o haya sido objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él. Si la Corte ha emitido una orden de detención, corresponderá al Estado que pretenda ejercer jurisdicción la carga de la prueba para acreditar la concurrencia de los requisitos del artículo 17 del Estatuto.

A este respecto, lo relevante es que el Estado o Estados competentes hayan adoptado medidas tendentes a enjuiciar el asunto en cuestión. Se trata, como ha afirmado la Fiscalía de la Corte, de una cuestión empírica: si existen o han existido investigaciones o enjuiciamientos nacionales pertinentes⁹. Además, la Sala de Apelaciones ha avalado que la ausencia de procedimientos nacionales es suficiente para que el caso sea admisible desde el punto de vista

⁸ Situación en la República Democrática del Congo, Doc. No. ICC-01/04-101-t, Decisión sobre las solicitudes de participación en el proceso de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, 17 enero 2006, para. 65 «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 investigation⁵⁹ 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.

⁹ El Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, párr. 78. Véase a este respecto también el Documento de política general sobre exámenes preliminares, publicado por la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2013, apartado 47.

del análisis de complementariedad, independiente del análisis de la gravedad que prevé también el artículo 17¹⁰.

En efecto, la primera pregunta que debe formularse en sede de complementariedad consiste en determinar si hay, o ha habido, investigaciones o enjuiciamientos nacionales relevantes. Este criterio, el de la inactividad, no aparece recogido en el artículo 17 del Estatuto sino que, como ha observado la doctrina, ha sido incorporado por la propia práctica de la Oficina del Fiscal¹¹. La existencia de procedimientos nacionales se considera por tanto como la primera parte del examen de complementariedad. Sólo si se constata la inexistencia de procedimientos nacionales procede analizar la falta de capacidad o de disposición para enjuiciar una determinada conducta objeto de investigación de la Corte¹².

La inactividad está también relacionada con otro concepto acuñado por la Oficina del Fiscal y del que también se ha hecho eco la doctrina, el de la «admisibilidad indiscutible» («uncontested admissibility»). Se aplica en casos en los que el Estado obligado a perseguir los crímenes previstos por el Estatuto declina su jurisdicción a favor de la de la Corte. Estos casos son conocidos como «Self-referrals» y han constituido hasta la fecha la práctica totalidad de

¹⁰ El Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, párr. 78: «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. This interpretation of article 17 (1) (a) and (b) of the Statute also finds broad support from academic writers who have commented on the provision and on the principle of complementarity».

¹¹ SCHABAS, W.A., *An introduction to the International Criminal Court*, 4th edition, Cambridge University Press, 2011, pp. 192-193. «The Court has made a gloss on Article 17 by which a third condition, not explicitly discussed in the provision, is applied. In effect, where a State is 'inactive', the Court has taken the view that an examination of the issues of inability or unwillingness is not necessary. This approach has the advantage of accommodating cases that arrive at the Court through self-referrals, where it might otherwise be argued that by its cooperation the State Party is in fact demonstrating its willingness to investigate and prosecute».

¹² Véanse a este respecto las palabras de una jueza de la Corte, TRENDAFILOVA, E., «Africa and the International Criminal Court: A Judge's Perspective», en Werle, G., Fernandez, L. y Vormbaum, M., *Africa and the International Criminal Court*, Springer, 2014, pp. 22-23.

los investigados por la Corte. A este respecto, como se ha observado, en los casos de self-referrals la ausencia de procedimientos puede provenir, no tanto de la incapacidad del sistema nacional para juzgar los crímenes en cuestión, sino simplemente de que no lo ha hecho y, lo que es más, que prefiere no hacerlo remitiendo el caso a la Corte Penal Internacional. Una cuestión que emerge en este sentido es, por tanto, si debe prevalecer este deseo del Estado remitente o el del reo, que bien puede preferir, como era el caso en el asunto Lubanga, ser juzgado en su país¹³.

Sin embargo, la mera existencia de investigaciones nacionales no es suficiente para determinar la inadmisibilidad de un asunto ante la CPI por dos razones. En primer lugar, es importante constatar que existe identidad entre la persona y la conducta enjuiciadas a nivel nacional y ante la Corte. Como la Corte resumió en el reciente asunto relativo a Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi «para que la Sala esté convencida de que la investigación interna se refiere al mismo «caso» que la Corte tiene ante sí, debe demostrarse que: a) la persona sujeta al procedimiento interno es la misma persona contra la cual se está llevando a cabo el procedimiento ante la Corte, y b) la conducta que es objeto de la investigación nacional es sustancialmente la misma conducta que se alega en el procedimiento ante la Corte... La determinación de qué se entiende por «sustancialmente la misma conducta que se alega en el procedimiento ante la Corte» variará según los hechos y circunstancias concretos del caso y, por lo tanto, requiere un análisis caso por caso»¹⁴. La Corte había

¹³ EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, p. 282: «In practice, the question might get complicated in case a State waives investigation and prosecution in favour of the Court, then the accused challenges the admissibility of the case under Article 19(2)(a) requesting to be tried before his own domestic courts, leaving the Court stuck to decide. It is clear that the sole factor in determining admissibility is whether the State has initiated genuine domestic proceedings, and in case of a waiver, the State refrains from doing so. Yet, if the Court determined that the case is admissible on the sole basis that the State has not initiated domestic proceedings, this will result in a decision, which clearly compromised the desire of the accused for that of the State without even giving any weight to his challenge. This poses a question, what is the significance of providing an accused person with a right that has no effect in the Court's determination? The situation as it stands indicates that a challenge by an accused or any person referred to in Article 19(2) (a) will not be successful unless the self-referring State makes a challenge under Article 19(2)(b) requesting the same outcome, that is, a decision of inadmissibility. Possibly, when faced with a problem as such, the Court needs to draw a balance between these conflicting interests».

¹⁴ El Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 de octubre de 2013, párr. 66. Citado en el Documento de política general sobre exámenes preliminares, cit., nota al pie 38.

llegado a una determinación similar en 2006 y 2007 en los asuntos de Kenia y Darfur¹⁵, y también en un sentido parecido se había pronunciado el entonces Fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, al señalar que los casos enjuiciados en Darfur no coincidían con los que la Corte tenía previsto investigar¹⁶.

En segundo lugar, la Corte puede declarar admisible una investigación sobre un asunto que esté siendo enjuiciado a nivel nacional si las investigaciones nacionales adolecen de falta de voluntad o de capacidad para llevar a cabo realmente el procedimiento. Lo anterior se desprende de la literalidad del artículo 17, y ha sido avalado por la jurisprudencia de la Corte¹⁷.

En efecto, tanto el apartado a) como el apartado b) del artículo 17.1 del Estatuto hacen referencia a la posibilidad de que el Estado que tiene jurisdicción para enjuiciar un asunto de la competencia de la Corte, no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. La introducción de la referencia a la falta de voluntad o de capacidad de los Estados para llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento fue muy controvertida durante la negociación del Estatuto, habida cuenta del alto grado de subjetividad que reviste el análisis, especialmente respecto de la falta de voluntad, y de que, como se ha mencionado anteriormente, este análisis lo lle-

¹⁵ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Art. 58, No. ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10/02/2006, paras. 31,37, unsealed pursuant to Decision ICC-01/04-01/06-37 dated 17/03/2006; Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun («AHMAD HARUN») and Ali Muhammad Ali-Abd-Al-Rahman («ALI KUSHAYB»), Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, No.: ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27/04/2007, paras. 24-25. Véase a este respecto EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, p. 161 y nota al pie 21.

¹⁶ First Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr. Luis Moreno Ocampo, To the Security Council Pursuant to UNSCR 1593(2005), 29 June 2005, p. 4: «In light of the information reviewed, the Prosecutor determined, on 1 June 2005, the existence of sufficient information to believe that there are cases that would be admissible in relation to the Darfur situation. It is important to emphasize that this decision does not represent a determination on the Sudanese legal system as such, but is essentially a result of the absence of criminal proceedings relating to the cases on which the OTP is likely to focus».

¹⁷ Véase, por ejemplo, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Art. 58, No. ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10/02/2006, para. 32, unsealed pursuant to Decision ICC-01/04-01/06-37 dated 17/03/2006: «The Chamber also notes that when a State with jurisdiction over a case is investigating, prosecuting or trying it, or has done so, it is not sufficient to declare such a case inadmissible. The Chamber observes on the contrary that a declaration of inadmissibility is subject to a finding that the relevant State is not unwilling or unable to genuinely conduct its national proceedings in relation to that case within the meaning of article 17(1)(a) to (c), (2) and (3) of the Statute».

vará a cabo de forma exclusiva la propia Corte. En este sentido, los redactores del Estatuto acordaron añadir el adverbio *realmente* en un intento de infundir objetividad al análisis que la Corte debe realizar ex artículo 17¹⁸.

En este contexto, como sostenía el informe sobre el principio de complementariedad elaborado por un grupo de expertos a instancias de la Fiscalía de la Corte en 2003, si no fuera por el adverbio realmente, cualquier procedimiento nacional, incluso los fraudulentos o los irremediablemente inadecuados, paralizarían la actuación de la Corte¹⁹. El mismo informe añadía que el término realmente hace referencia no sólo a la falta de disposición, es decir, que no sean investigaciones fraudulentas o engañosas, sino también a la capacidad para investigar o enjuiciar un asunto del Estado con competencia para ello y, en consecuencia, que se requiere también una mínima calidad objetiva en los procedimientos nacionales para que la Corte renuncie a su jurisdicción.

Además, el propio Estatuto aporta luz sobre qué debe entenderse por falta de disposición o capacidad para investigar o enjuiciar una conducta en el propio artículo 17. En concreto, el párrafo segundo de dicho artículo establece tres criterios para determinar la existencia de disposición a actuar en un asunto determinado. El mismo artículo añade que la Corte examinará dichos criterios, que parecen constituir una lista exhaustiva, a la luz de los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, es decir, a la luz de estándares internacionales de aplicación del derecho a un proceso con las debidas garantías, y de los criterios que el propio Estatuto establece en su artículo 67, relativo a los derechos del acusado²⁰.

¹⁸ Véase a este respecto, STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions The Principle of Complementarity*, Brill | Nijhoff, 2008, pp. 215-229 y EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, p. 164.

¹⁹ Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, CPI 2003, apartado 22.

²⁰ Estatuto de Roma, artículo 67: «1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; e) A ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para

El primero de los tres criterios mencionados consiste en «a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5». La referencia al «propósito» de sustraer a una persona de su responsabilidad penal tiene un connotación subjetiva que debe ser objetivizada mediante reglas que puedan ser aplicadas por la Corte.

Con este fin, las directrices sobre investigaciones preliminares recientemente publicadas por la Fiscalía de la CPI establecen un número de indicadores para evaluar la intención de sustraer a una persona de su responsabilidad penal como los siguientes: «medidas manifiestamente insuficientes durante la investigación o el enjuiciamiento; desviaciones de las prácticas y procedimientos establecidos; pasar por alto pruebas o asignarles un peso insuficiente; intimidación de víctimas, de testigos o de personal judicial; incongruencia entre decisiones frente y la prueba presentada; insuficiencias manifiestas en la formulación de cargos y los modos de responsabilidad en relación con la gravedad de la conducta alegada y el rol atribuido al acusado; conclusiones judiciales equivocadas a causa de una identificación errónea, un examen forense defectuoso, fallas en la divulgación, pruebas fabricadas, declaraciones manipuladas o extraídas mediante coacción, o decisiones indebidas de admisión o no admisión de pruebas; falta de asignación de recursos al procedimiento de que se trata en comparación con la capacidad global, y negativa a dar información a la CPI o a cooperar con ella»²¹.

pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto; f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla; g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas. 2. Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá». Documento de política general sobre exámenes preliminares, publicado por la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2013, apartado 55.

²¹ Documento de política general sobre exámenes preliminares, publicado por la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2013, apartado 51.

La lista de indicadores elaborada por la Fiscalía, necesariamente ilustrativa, contribuye en efecto a reducir el margen de discrecionalidad de la misma al analizar la intención de la jurisdicción nacional de proteger a un sospechoso, sustrayéndolo a la acción de la justicia. No obstante, determinar si una medida es «manifiestamente insuficiente», o si no se han asignado recursos suficientes para una investigación, no parecen criterios fáciles de evaluar *a priori* a contextos tan dispares como los de los Estados Parte del Estatuto.

El segundo criterio incluido en el artículo 17(2) del Estatuto para determinar la existencia o no de disposición a actuar en un asunto determinado por parte de las autoridades judiciales nacionales consiste en «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». Este criterio es más objetivo por su propia naturaleza que el primero, y se presta, por tanto, más fácilmente a ser evaluado por la Corte. No obstante, el hecho de que el retraso deba ser «injustificado» permite a los Estados competentes para encausar la conducta que pretende enjuiciar la Corte aportar toda clase de argumentos con vistas a justificar el retraso en llevar a cabo un determinado procedimiento.

A este respecto, ni el Estatuto ni las reglas de procedimiento de la Corte señalan un plazo concreto ni un umbral por encima del cual se considere que un procedimiento conlleva un retraso injustificado. Tampoco lo hacen las recientes directrices aprobadas por la Corte, las cuales sí aportan al menos algunos indicadores para evaluar este criterio. En concreto, las directrices señalan que el retraso injustificado de un procedimiento podrá evaluarse a la luz de indicadores tales como los siguientes: «el ritmo de las medidas y procedimientos de investigación; si la demora en el procedimiento puede justificarse objetivamente a la luz de las circunstancias, y si hay pruebas de falta de intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia»²².

Con anterioridad a la publicación de las directrices de la Fiscalía, algunos autores, miembros además de la misma, habían propuesto otros indicadores para evaluar el retraso injustificado con base en la jurisprudencia de la Corte Europea y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concreto tres criterios (i) la complejidad del asunto, que se podría acreditar con base en la gran cantidad de pruebas documentales, o el alto número de sospechosos

²² *Ibid.*, apartado 52.

involucrados, la magnitud y complejidad de los actos cometidos, el número de testigos y el difícil acceso a los mismos, o la necesidad de llevar a cabo exámenes periciales por parte de expertos; (ii) la conducta del demandante, o incluso de las víctimas, si esta conlleva numerosos retrasos, que no podrán ser atribuidos al Estado cuya capacidad o disposición se está examinando. Ejemplos de conductas de este tipo incluirían solicitudes de prueba masivas, recusar de forma no motivada a los jueces o rechazar el nombramiento de un abogado defensor, y (iii) la manera en que las autoridades judiciales han llevado a cabo el procedimiento, criterio éste que es el que más se asemeja a los señalados en las directrices de la Corte, y que podrá acreditarse, *inter alia*, por los largos periodos de inactividad, o para citar al acusado o iniciar la investigación²³.

El tercer criterio incluido en el artículo 17(2) del Estatuto para determinar la existencia de disposición a actuar en un asunto determinado consiste en «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 la entrada en vigor del Estatuto, la doctrina consideraba que esta disposición cubría casos en los que un Estado trataba realmente de procesar a alguien, por lo que no había una intención de evadir la aplicación de la justicia respecto de esa persona, pero otros actores sí podrían hacerlo, provocando, por ejemplo, un juicio nulo o contaminando las pruebas²⁴. Sin embargo, los indicadores que ha publicado la Fiscalía a modo de ejemplo del examen que se debe llevar a cabo en relación con este criterio no parecen ir en ese sentido sino, en el caso del requisito de independencia, a detectar y sancionar la intromisión del aparato del Estado en el desarrollo del procedimiento nacional, la existencia de un régimen de impunidad o de privilegios jurisdiccionales o incluso a analizar los poderes constitucionales de que están investidas las distintas instituciones del sistema de justicia penal²⁵.

²³ EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, pp. 184-189.

²⁴ *Id.*, 195.

²⁵ En efecto, de conformidad con las directrices publicadas por la Corte, «La independencia en el procedimiento de que se trata puede evaluarse a la luz de indicadores tales como, entre otros, los siguientes: el supuesto involucramiento del aparato del Estado, incluyendo a personal del departamento encargado del orden público, en la comisión de los crímenes alegados; el papel y los poderes constitucionales de que están investidas las distintas instituciones del sistema de

Asimismo, en relación con el criterio de imparcialidad al que hace referencia el artículo 17(2)(c) del Estatuto para determinar la existencia de disposición a actuar en un determinado asunto, que está íntimamente ligado al de independencia, la Fiscalía examinará, *inter alia*, si hay «conexiones entre los sospechosos y las autoridades competentes a cargo de la investigación, el enjuiciamiento o la sentencia respecto de los crímenes, así como declaraciones públicas, premios, sanciones, promociones o descensos de categoría, asignación de destinos, destituciones o represalias en relación con el personal encargado de la investigación, personal de la fiscalía o personal judicial»²⁶.

Por último, el apartado tercero del artículo 17 dispone que «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».

Como veremos en la siguiente sección, la Corte ha interpretado recientemente este último apartado del artículo 17, subrayando a este respecto que la violación de ciertos derechos procesales del acusado no es *per se* suficiente para considerar satisfecho el estándar establecido por este artículo. Así, deberá acreditarse que la falta de independencia o imparcialidad no es coherente, en las circunstancias concretas del caso, con la intención de llevar al acusado ante la justicia²⁷. La Fiscalía podrá considerar, a este respecto, «entre otras cosas, la

justicia penal; el grado de incidencia en el nombramiento y destitución de investigadores, fiscales y jueces sobre la regularidad del proceso en cuestión; el hecho de que presuntos autores pertenecientes a instituciones gubernamentales se beneficien de un régimen de inmunidad y privilegios jurisdiccionales; injerencia política en la investigación, la acusación o el juicio; recurso a instancias extrajudiciales, y corrupción de investigadores, fiscales y jueces». Documento de política general sobre exámenes preliminares, publicado por la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2013, apartado 53.

²⁶ *Id.*, apartado 54. Por otro lado, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte, «La Corte, al examinar las cuestiones a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 17 y en el contexto de las circunstancias del caso, podrá tener en cuenta, entre otras cosas, la información que el Estado a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 17 ponga en su conocimiento mostrando que sus tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento.» La Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), regl. 51.

²⁷ El Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 de octubre de 2013, párr. 235.

capacidad de las autoridades competentes para ejercer sus facultades judiciales en el territorio de que se trata; la ausencia de condiciones de seguridad para los testigos, investigadores, fiscales y jueces o la falta de sistemas de protección adecuados; la ausencia del marco legislativo necesario para enjuiciar las conductas o formas de responsabilidad; la falta de recursos adecuados para llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos eficaces, así como las violaciones de los derechos fundamentales del acusado»²⁸.

III. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

1. *República Democrática del Congo*

La investigación relativa a la situación en la República Democrática del Congo (en adelante también «DRC») fue la primera iniciada por la Fiscalía de la Corte. Ha sido también la primera en dar lugar a una sentencia de la CPI, la recaída en relación con Thomas Lubanga Dyilo el 14 de marzo de 2012, confirmada el 1 de diciembre de 2014 por la Sala de Apelaciones. En el marco de la misma han surgido relevantes cuestiones en torno al principio de complementariedad.

En primer lugar, la Sala de Cuestiones Preliminares aclaró que el test de complementariedad del artículo 17, en concreto 17(1)(a) a (c) 2 y 3, debe distinguirse del criterio de gravedad previsto por el mismo artículo (17(1)(d)), y que, por tanto, el análisis de admisibilidad se lleva a cabo en dos etapas diferenciadas²⁹. De hecho, por razones probablemente de economía procesal, la Fiscalía ha procedido en varias ocasiones a analizar en primer lugar si se cumple el requisito de gravedad, dejando el análisis del respeto al principio

²⁸ Documento de política general sobre exámenes preliminares, publicado por la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2013, apartado 57.

²⁹ El Fiscal c. 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, artículo 58, ICC-01/04-01/06 (10 de febrero de 2006), incorporada al expediente por la decisión ICC-01/04-01/06-8-Corr, p.ej. apartado 29 «The Chamber considers that the admissibility test of a case arising from the investigation of a situation has two parts. The first part of the test relates to national investigations, prosecutions and trials concerning the case at hand insofar as such a case would be admissible only if those States with jurisdiction over it have remained inactive in relation to that case or are unwilling or unable, within the meaning of article 17 (1) (a) to (c), 2 and 3 of the Statute. The second part of the test refers to the gravity threshold which any case must meet to be admissible before the Court. Accordingly, the Chamber will treat them separately»

de complementariedad sólo para el caso en que la gravedad haya quedado acreditada³⁰.

Así, la defensa de Lubanga alegó que el imputado se encontraba detenido por las autoridades de la República Democrática del Congo por crímenes previstos en el Estatuto de Roma, en concreto los crímenes de lesa humanidad y genocidio por lo que, con base en el principio de complementariedad, y en la responsabilidad principal de las jurisdicciones nacionales, la Corte debía abstenerse y declarar como inadmisibile la investigación. No obstante, como se expuso en la sección anterior, la Sala de Cuestiones Preliminares constató que el Fiscal de la CPI había incluido el cargo de reclutamiento de niños menores de 15 años para participar en las hostilidades, cargo que no estaba siendo investigado a nivel nacional y por el que fue finalmente condenado en 2012, declarando por tanto admisible la investigación³¹.

³⁰ Véase a este respecto, por ejemplo, la reciente decisión de la Fiscal de no proseguir con la investigación en relación con la remisión efectuada por el Gobierno de Unión de Comores 14 de mayo de 2013 relativa a los hechos acaecidos el 31 de mayo de 2010 cuando el ejército de Israel abordó la denominada flotilla de la libertad. Esta remisión es interesante por ser una de las primeras realmente enviadas por un Estado Parte en relación con actos cometidos por oficiales de otro Estado, en este caso de un Estado no Parte como Israel. No se trata por tanto de una de las denominadas «self-referral» como las que han sido analizadas por la Oficina del Fiscal hasta la fecha. La remisión es también interesante habida cuenta de que los hechos controvertidos tuvieron lugar a bordo de varios buques matriculados en algunos Estados Partes del Estatuto, en concreto de Comores, Grecia y Camboya, por lo que la remisión hace necesariamente referencia al artículo 12(2)a del Estatuto, en virtud del cual: [...]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. Recientemente, en concreto el 16 de julio de 2015, la Sala de Cuestiones Preliminares ordenó a la Fiscalía que volviera a examinar la gravedad del asunto, tal y como había solicitado el Gobierno de la Unión de Comores.

³¹ El Fiscal c. 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, artículo 58, ICC-01/04-01/06 (10 de febrero de 2006), incorporada al expediente por la decisión ICC-01/04-01/06-8-Corr, p.ej. apartados 31 y 39«the Chamber considers that it is a *conditio sine qua non* for a case arising from the 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[y]in the Chamber's view, the DRC cannot be considered to be acting in relation to the specific case before the Court (which is limited to Mr Thomas Lubanga Dyilo's alleged responsibility for the UPC/FPLC's alleged policy/practice of enlisting into the FPLC, conscripting into the FPLC and using to participate actively in hostilities children under the age of fifteen between July 2002 and December 2003» Véase también este sentido ICC-PTC I, Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda [10 Feb. 2006] Annex II, Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest, article 58 (ICC-01/04-01/07), para. 31 ««both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court»

Por otro lado, la Sala de Cuestiones Preliminares aclaró también que la concurrencia del criterio de la incapacidad para llevar a cabo una investigación en el sentido del artículo 17(1) (a) a (c) y (3) del Estatuto puede variar a lo largo de una investigación, si se producen cambios objetivos en la jurisdicción nacional considerada en principio incapaz. Así, el Fiscal en este caso se había limitado a observar que la RDC continuaba siendo incapaz de juzgar a Lubanga con las debidas garantías, como había reconocido el propio gobierno al enviar una remisión a la Corte para que se hiciera cargo de la investigación. Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares observó que, con posterioridad a la fecha de remisión, marzo de 2004, la situación de la administración de justicia había mejorado en DRC, especialmente tras la re-apertura de un *Tribunal de Grande Instance*, por lo que debía matizarse la afirmación de la Fiscalía en el sentido de que DRC seguía siendo incapaz de juzgar al acusado.³²

El principio sentado por la jurisprudencia de la Corte en este caso ha sido confirmado posteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares al considerar el test de admisibilidad, incluidas las cuestiones de complementariedad, como un análisis dinámico que puede variar antes de la apertura del juicio oral si cambian las circunstancias presentes al inicio de la investigación³³.

³² El Fiscal c. 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, artículo 58, ICC-01/04-01/06 (10 de febrero de 2006), incorporada al expediente por la decisión ICC-01/04-01/06-8-Corr, p.ej. apartados 35 y 36.

³³ De esta forma, en otro de los casos relacionados con la situación en DRC, la Corte afirmó que «Generally speaking, the admissibility of a case must be determined on the basis of the facts as they exist at the time of the proceedings concerning the admissibility challenge. This is because the admissibility of a case under article 17 (1) (a), (b) and (c) of the Statute depends primarily on the investigative and prosecutorial activities of States having jurisdiction. These activities may change over time. Thus, a case that was originally admissible may be rendered inadmissible by a change of circumstances in the concerned States and vice versa». Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Germain Katanga against the oral decision of Trial Chamber II of 12 junio 2009 on the admissibility of the case, 25 septiembre 2009, apartado 56. Véase también a este respecto el asunto Kony en el que la Corte afirmó que «Considered as a whole, the corpus of these provisions delineates a system whereby the determination of admissibility is meant to be an ongoing process throughout the pre-trial phase, the outcome of which is subject to review depending on the evolution of the relevant factual scenario. Otherwise stated, the Statute as a whole enshrines the idea that a change in circumstances allows (or even, in some scenarios, compels) the Court to determine admissibility anew». ICC-PTC II, Prosecutor v. Kony et al. [10 marzo 2009], Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute (ICC-02/04-01/05) para. 25, 26.

2. Kenia

El 26 de noviembre de 2009, el Fiscal solicitó la apertura de una investigación de conformidad con el artículo 15 del Estatuto sobre la situación en la República de Kenia, Estado Parte desde 2005, en relación con la violencia postelectoral del periodo comprendido entre 2007 y 2008. La Sala de Cuestiones Preliminares II aceptó la petición del Fiscal el 30 de marzo de 2010. Seis nacionales keniatas han sido investigados por la Fiscalía y contra varios de ellos se presentaron cargos, en concreto contra Samoei Ruto, Joshua Arap Sang, Uhuru Muigai Kenyatta y Francis Kirimi Muthaura. Los cargos presentados contra los dos últimos han sido posteriormente retirados. Posteriormente, la Corte ha emitido órdenes de detención contra tres ciudadanos keniatas por varios delitos contra la administración de justicia consistentes en intentar corromper a testigos de cargo de la CPI³⁴.

En relación con esta situación, la Sala de Cuestiones Preliminares ha explicado que a los efectos de determinar si existen investigaciones nacionales en el sentido del artículo 17(1)(a), no basta con que se acrediten investigaciones en curso relativas a «personas del mismo rango jerárquico» que las acusadas por la Corte, como argumentaba el gobierno de Kenia, sino que las investigaciones nacionales deberán ir dirigidas exactamente contra las mismas personas, y por la misma conducta que la Corte pretende enjuiciar³⁵.

Por otro lado, el gobierno de Kenia exponía en sus escritos procesales que pretendía enviar a la Corte una serie de informes sobre el estado de las investigaciones nacionales en curso, que acreditarían la existencia de las mismas y el alto rango de las personas enjuiciadas, entre las cuales se encontraban algunas «del más alto nivel», según el mismo gobierno. La Sala de Cuestiones Preliminares desestimó estos argumentos, y otros similares relativos a reformas de la administración de justicia que el gobierno de Kenia pretendía llevar a cabo por no ser suficientes para dar por cumplido el artículo 17(1)(1).

De hecho, la Sala deduce de las promesas efectuadas por el gobierno keniatas que, en el momento de dilucidarse la disputa, dichas investigaciones no se estaban llevando a cabo pues, de otra forma resulta difícil comprender

³⁴ Los tres ciudadanos keniatas son Walter Osapiri Barasa, Paul Gicheru y Philip Kipkoech Bett.

³⁵ Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the application by the Government of Kenya challenging the admissibility of the case pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, 30 May 2011, apartados 55-56, y 59.

por qué el primero de los informes sobre el estado de las investigaciones no se presentaba de inmediato ante la Corte³⁶.

Por otro lado, la sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares, posteriormente confirmada por la Sala de Apelaciones³⁷, aclaraba que no basta con acreditar, como si llegó a hacer el Gobierno de Kenia, que se han cursado órdenes de investigar a los acusados ante la CPI al más alto nivel. Es necesario presentar pruebas de que, tras recibir esas órdenes, se han llevado a cabo acciones fehacientes tendentes a investigar y enjuiciar a los acusados por la CPI³⁸.

3. Libia

El análisis del principio de complementariedad respecto de la situación de Libia resulta especialmente relevante, tanto por su carácter reciente como por las razones por las que, como se verá, la Corte ha llegado a conclusiones opuestas respecto del cumplimiento del principio en los asuntos de Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, ambos acusados de crímenes de lesa humanidad, específicamente de asesinato (art. 7(1)(a) del Estatuto) y persecución de un grupo o colectividad con identidad propia (art. 7(1)(h))³⁹. Así, mientras

³⁶ Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the application by the Government of Kenya challenging the admissibility of the case pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, 30 May 2011, apartados 63-64.

³⁷ Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Appeals Chamber, 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, 30 August 2011.

³⁸ *Id.*, p.e., apartado 68: «Although the information provided in these two annexes reveals that instructions were given to investigate the three suspects subject to the Court's proceedings, the Government of Kenya does not provide the Chamber with any details about the asserted, current investigative steps undertaken. In the Reply, the Government of Kenya alleged that «a file was opened against one of the six suspects on account of witness statements taken by the [investigative] team», «yet, it does not provide the Chamber with any information about the time or content of these statements. The Government of Kenya also states that it has instructed the «team of investigators to carry out exhaustive investigations», but it does not explain or show the Chamber any concrete step that has been or is being currently undertaken in this respect».

³⁹ En concreto, el artículo 7(1)(h) tipifica la siguiente conducta: «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».

que en el caso de Saif Al-Islam Gaddafi la Corte ha declarado admisible su jurisdicción para resolver el asunto, rechazando la petición de las autoridades libias en sentido contrario, en el caso de Al-Senussi la Corte ha aceptado que las autoridades libias lleven a cabo el juicio con base en el principio de complementariedad.

La investigación de la Fiscalía en este caso se produjo tras la decisión del Consejo de Seguridad, mediante la Resolución 1970 (2011) de 26 de febrero de 2011, de remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia, estado no-parte del Estatuto, desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la CPI con arreglo al artículo 13(b) del Estatuto. La Fiscalía de la CPI acordó iniciar la investigación tan sólo cinco días después de recibir la remisión del Consejo de Seguridad, por lo que el examen preliminar de la misma fue prácticamente inexistente, circunstancia que ha limitado las posibilidades de Libia de acreditar la idoneidad de sus procedimientos nacionales con arreglo al examen de complementariedad⁴⁰. No obstante, conviene mencionar también que, según el Estatuto, cuando es el Consejo de Seguridad el órgano que hace la remisión al Fiscal, éste comenzará la investigación salvo que no encuentre fundamentos razonables para hacerlo⁴¹.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI emitió órdenes de arresto contra Muammar al-Gaddafi, su hijo y sucesor Saif al-Islam al-Gaddafi, y contra el Jefe de la inteligencia libia, Abdullah al-Sanusi, por crímenes de lesa humanidad, presuntamente cometidos en Libia desde el 15 de febrero de 2011 hasta al menos el 28 de febrero de 2011. Tras la muerte del primero de los sospechosos, la Sala de Cuestiones Preliminares acordó terminar el caso contra él. En cuanto a los otros dos acusados, Saif al-Islam al-Gaddafi fue detenido en Libia en noviembre de ese mismo año y Abdullah al-Senusi lo fue meses después en Mauritania, siendo posteriormente extraditado a Libia.

El Gobierno libio se opuso a la entrega de ambos acusados a la CPI mediante escritos presentados en mayo de 2012 y abril de 2013 en los que afirmaba que Libia estaba investigando o enjuiciando ambos casos con arreglo al

⁴⁰ Véase a este respecto SEILS, P., «Putting Complementarity in its Place», en C. Sthan (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2015, pp. 305-327.

⁴¹ Véase en este sentido ETXEBARRIA ESTANKONA, K., «El inicio de una investigación...», cit., p. 1245.

artículo 17(1)(a)⁴². En relación con Saif al-Islam al-Gaddafi la Sala de Cuestiones Preliminares determinó, en primer lugar, que Libia no había acreditado suficientemente que estuviera realmente investigando la misma conducta. La Sala aclaró a este respecto que se debe acreditar que se están investigando exactamente los mismos hechos, no necesariamente los mismos actos, pero sí sustancialmente la misma conducta, lo que no había sido acreditado⁴³.

Esta conclusión fue posteriormente avalada por la Sala de Apelaciones mediante sentencia de 24 de mayo de 2014⁴⁴. El Juez Song emitió una opinión separada a esta sentencia en la que concluía que Libia sí que estaba, a su juicio, investigando el mismo caso, pero que éste resultaba de todas formas admisible habida cuenta de que Libia no era capaz de garantizar la custodia de Gaddafi. Por el contrario, la jueza Ušacka publicó una opinión disidente de la mayoría en la que exponía que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares adolecía de errores e imponía un criterio de admisibilidad exigente en exceso.

En su sentencia, la Sala de Cuestiones Preliminares constataba los esfuerzos realizados por Libia para mejorar las condiciones de seguridad en un contexto muy difícil, mejorar sus instituciones y restablecer el Estado de Derecho. La Sala constataba asimismo la asistencia internacional que Libia había recibido para mejorar sus capacidades en materia de justicia transicional, y las medidas concretas adoptadas para acabar con las prácticas de tortura en sus centros de detención⁴⁵.

⁴² Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, 1 mayo 2012, paras 1 and 68-75; Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute, 2 April 2013, para 1.

⁴³ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, 31 mayo 2013, apartado 135: «Libya has fallen short of substantiating, by means of evidence of a sufficient degree of specificity and probative value, the submission that the domestic investigation covers the same case that is before the Court».

⁴⁴ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Judgement on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 mayo 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi», No. ICC-01/11-01/11 OA4, Appeals Chamber, 21 mayo 2014.

⁴⁵ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, 31 mayo 2013, apartado 204: «the Chamber takes note of the efforts deployed by Libya under extremely difficult circumstances to improve security conditions, rebuild institutions and restore the rule of law. In this regard, it takes note, in particular, of the Libyan submissions on specific measures of assistance received

En el mismo sentido, también la Sala de Apelaciones reconoció posteriormente que Libia, tras la caída del régimen de Gaddafi, se encuentra en transición. Lo anterior conlleva serias dificultades para garantizar la existencia de procedimientos judiciales nacionales satisfactorios con arreglo al artículo 17 del Estatuto. La Sala de Apelaciones añadió, en un interesante pasaje para casos futuros, que la concurrencia de estas circunstancias debía ser alegada, en todo caso, ante el Fiscal directamente, en lugar de hacerlo ante los órganos judiciales, a fin de que éste pueda adoptar una decisión sobre si es apropiado continuar con una investigación⁴⁶. En opinión de algunos expertos, la única decisión que el Fiscal podría adoptar en este sentido con base en el Estatuto sería la de paralizar la investigación en «interés de la justicia» con arreglo a lo previsto por el artículo 53 del Estatuto⁴⁷.

from national governments and regional and international organizations to enhance capacity, inter alia, with respect to transitional justice. The Chamber emphasises the relevance of specific submissions related to progress made, as well as those regarding the proposed strategy to improve the effectiveness and accountability of the police service, the security for the courts and participants in the proceedings, to reform the detention centres and to bring practices of torture to an end».

⁴⁶ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Judgement on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 mayo 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi», No. ICC-01/11-01/11 OA4, Appeals Chamber, 21 mayo 2014, ap. 165: «The Appeals Chamber accepts that there may be national legislation in existence or other impediments to a State being able to either disclose to the Court the progress of its investigations, or to take all the necessary steps to investigate. In this case, Libya has asserted, inter alia, that it is a State in transition; it also asserts that it was prevented from disclosing to the Court evidence as to the investigations it was undertaking as a result of article 59 of its Code of Criminal Procedure, which it submits required it to maintain information as to investigations confidential; and it asserts that the appointment of a new Prosecutor-General was significant, therefore justifying more time. While accepting the reality that these situations can arise, the Appeals Chamber nevertheless considers that a State cannot expect that such issues will automatically affect admissibility proceedings; on the contrary, such issues should in principle be raised with the Prosecutor directly (prior to instigating admissibility proceedings), with a view to advising her as to the steps the State is taking, any impediments to those steps and allowing her to reach sensible decisions as to whether or not, in the circumstances, it is appropriate for her, at that time, to pursue a case, pending the progress of investigations by the State. It is, in principle, not the place for such issues to be raised with a Chamber in the context of admissibility proceedings».

⁴⁷ SEILS, P., «Putting Complementarity in its Place», en C. Sthan (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, cit., p. 314: «It would appear that the only avenue open to her [la Fiscal Bensouda], having begun the proceedings, would be to seek to stop them under the interests of justice provisions in Article 53» A este respecto, el artículo 53.2(c) dispone lo siguiente: «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

No obstante, el principal obstáculo identificado por la Sala de Cuestiones Preliminares para aceptar la solicitud de inadmisibilidad de Libia radica en la falta de capacidad de dicho Estado para hacerlo de conformidad con el artículo 17(3) del Estatuto. En concreto, a pesar de los mencionados esfuerzos, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró acreditado que Libia no estaba en disposición de aplicar su sistema judicial completamente en todo su territorio por lo que, en los términos del artículo 17.3 del Estatuto, concluyó que Libia carecía de administración nacional de justicia para investigar y enjuiciar a Saif Al-Islam Gaddafi. En consecuencia, de conformidad con dicho artículo, Libia no podía hacer comparecer al acusado ante la justicia, y no estaba en condiciones de llevar a cabo el juicio⁴⁸.

De hecho, la incapacidad para hacer comparecer al acusado resultaba especialmente notoria en el caso de Saif Al-Islam Gaddafi, habida cuenta de que éste se encontraba, y aún encuentra, retenido desde su detención el 19 de noviembre de 2011, por la milicia denominada brigadas de Zintan, y de que las autoridades libias no habían sido capaces de ponerlo bajo custodia estatal en Trípoli desde entonces.

A este respecto, las autoridades libias aseguraron ante la Sala de Cuestiones Preliminares que Saif Al-Islam Gaddafi sería conducido sin demora a Trípoli y que, en todo caso, no sería juzgado *in absentia*, habida cuenta de que la legislación libia no permite juzgar de ese modo a acusados que se encuentren en territorio libio y cuya ubicación sea conocida. A pesar de estas afirmaciones, Saif Al-Islam Gaddafi fue condenado en julio de 2015 a la pena de muerte tras dieciséis meses de juicio *in absentia*.

Por último, el rechazo de la Sala de Cuestiones Preliminares a la solicitud de inadmisibilidad presentada por Libia venía corroborado por las serias

las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

⁴⁸ *Id.*, ap. 205: «Without prejudice to these achievements, it is apparent from the submissions that multiple challenges remain and that Libya continues to face substantial difficulties in exercising its judicial powers fully across the entire territory. Due to these difficulties, which are further explained below, the Chamber is of the view that its national system cannot yet be applied in full in areas or aspects relevant to the case, being thus «unavailable» within the terms of article 17(3) of the Statute. As a consequence, Libya is «unable to obtain the accused» and the necessary testimony and is also «otherwise» unable to carry out [the] proceedings» in the case against Mr Gaddafi in compliance with its national laws, in accordance with the same provision.

dificultades constatadas para obtener pruebas y para asegurar la protección de testigos en relación con el proceso de Saif Al-Islam Gaddafi, así como por las dificultades existentes para asegurar la defensa de éste por un abogado independiente⁴⁹. En suma, la investigación relativa a Saif Al-Islam Gaddafi fue considerada admisible por la Sala de Cuestiones Preliminares habida cuenta de la incapacidad de la administración nacional de justicia de Libia para juzgar al acusado⁵⁰, y esta decisión ha sido avalada por la Sala de Apelaciones posteriormente como se expuso *supra*.

Por otro lado, como se ha expuesto, el Gobierno Libio se opuso asimismo a la entrega de Abdullah Al-Senussi a la CPI mediante un escrito, presentado en abril de 2013, en el que afirmaba que Libia estaba investigando o enjuiciando a este sospechoso con arreglo al artículo 17(1)(a) del Estatuto⁵¹. Como hiciera en relación con Saif Al-Islam Gaddafi, la Sala analizó, en primer lugar, si las autoridades libias estaban investigando una conducta sustancialmente idéntica a la investigada por la CPI. En efecto, como se expuso en la primera sección de este trabajo, la primera pregunta que debe formularse en sede de complementariedad es empírica y consiste en determinar si hay investigaciones en curso relativas a la misma persona investigada por la CPI y por sustancialmente la misma conducta. La respuesta a esta primera fase del test de admisibilidad fue positiva. Así, la Sala concluyó que las autoridades libias habían emprendido medidas destinadas a determinar la responsabilidad penal de Abdullah Al-Senussi por sustancialmente la misma conducta investigada por la CPI⁵².

⁴⁹ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, 31 mayo 2013, apartados 209-214.

⁵⁰ Véase a este respecto la conclusión a la que llega la Sala «In light of the above, although the authorities for the administration of justice may exist and function in Libya, a number of legal and factual issues result in the unavailability of the national judicial system for the purpose of the case against Mr Gaddafi. As a consequence, Libya is, in the view of the Chamber, unable to secure the transfer of Mr Gaddafi's custody from his place of detention under the Zintan militia into State authority and there is no concrete evidence that this problem may be resolved in the near future. Moreover, the Chamber is not persuaded that the Libyan authorities have the capacity to obtain the necessary testimony. Finally, the Chamber has noted a practical impediment to the progress of domestic proceedings against Mr Gaddafi as Libya has not shown whether and how it will overcome the existing difficulties in securing a lawyer for the suspect». *Id.*, apartado 215.

⁵¹ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute, 2 April 2013, para 1.

⁵² Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, 11 octubre 2013, aps. 167-168 «In light of the above, the Chamber is satisfied that the evidence placed before it demonstrates

En segundo lugar, la Sala analizó si había disposición por parte de Libia para enjuiciar la conducta de Al-Senussi, y si la administración nacional de justicia en Libia era capaz de hacerlo de conformidad con los artículos 17.1(a) y 17.3 del Estatuto. A este respecto, como se ha adelantado, la Sala concluyó que Libia estaba dispuesta y era capaz de enjuiciar a Abdullah Al-Senussi. Así, a pesar de que Al-Senussi no había podido ejercer su derecho a la representación legal, la Sala de Cuestiones Preliminares se mostró satisfecha al constatar que varios abogados locales habían manifestado su voluntad de representar al imputado ante los jueces nacionales⁵³. La conclusión a la que llegó la Sala ha sido posteriormente confirmada por la Sala de Apelaciones de la CPI mediante sentencia de 24 de julio de 2014⁵⁴.

La Sala de Apelaciones sostuvo que para demostrar la falta de voluntad de un Estado a los efectos del artículo 17 se debe acreditar que el procedimiento nacional no se lleva a cabo de forma independiente o imparcial, y que, dadas las circunstancias, se desarrolla de una forma incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona investigada ante la justicia⁵⁵. La Sala aclaró asimismo que esta determinación no implica una evaluación de si los derechos procesales del imputado han sido violados *per se*, sino que hace referencia a procedimientos que conducirán a que el sospechoso evada la acción de la justicia, en el sentido de no estar siendo realmente objeto de un procedimiento tendente a determinar su responsabilidad penal, de forma equivalente a si se tratase de un procedimiento simulado⁵⁶.

Por último, la Sala de Apelaciones precisó que, puede haber circunstancias, dependiendo de los hechos de cada caso, en las que las violaciones de los derechos del acusado sean tan graves que hagan que los procedimientos ya no

that the Libyan competent authorities are taking concrete and progressive steps directed at ascertaining the criminal responsibility of Mr Al-Senussi for substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court. 168. Accordingly, Libya has demonstrated that it is undertaking domestic proceedings covering the «same case» as that before the Court within the meaning of article 17(l)(a) of the Statute».

⁵³ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, 11 octubre 2013, ap. 308.

⁵⁴ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Judgment on appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 octubre 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi», No. ICC-01/11-01/11 OA6, 24 julio 2014.

⁵⁵ *Id.*, ap. 1.

⁵⁶ *Id.*, ap. 2.

puedan ser considerados como capaces de proporcionar realmente justicia al acusado, por lo que deberían ser considerados en esas circunstancias, como «incompatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia»⁵⁷.

Como ha subrayado una jueza de la Corte Penal Internacional, dos diferencias significativas permiten explicar porqué la Sala llegó en el caso de Al-Senussi a la conclusión opuesta a la que había alcanzado sólo unos meses antes en relación con la misma administración nacional de justicia en el caso de Gaddafi: (i) el hecho de que el Gobierno libio ostenta la custodia de Al-Senussi mientras que Gaddafi, como se ha expuesto, permanece bajo la custodia de la milicia de Zintan, y (ii) el menor impacto en el caso de Al-Senussi de algunos elementos que fueron considerados clave para rechazar la solicitud libia en el caso de Gaddafi, como la precaria situación de seguridad, la ausencia de programas eficaces de protección de testigos, o la falta de control sobre ciertos centros de detención⁵⁸.

Otros expertos han subrayado dos diferencias más entre un caso y otro. La primera de ellas guarda relación con el mayor alcance geográfico y temporal de la investigación en el caso de Gaddafi respecto de la de Al-Senussi. La primera investigación abarca hechos que ocurrieron en todo el país, incluyendo Trípoli, Bengasi, Derna y Tobruk, mientras que en el caso contra Al-Senussi la conducta investigada sólo habría tenido lugar en Bengasi. En consecuencia, la cantidad y la calidad de las pruebas requeridas en cada caso eran diferentes. La segunda diferencia observada por el grupo de expertos para explicar las decisiones divergentes en ambos casos radica en la posición adoptada por el Fiscal de la CPI en relación con las solicitudes de inadmisibilidad. En el caso de Al-Senussi, el Fiscal apoyó las tesis de Libia en favor de la fiscalía nacional mientras que en el caso de Gaddafi el Fiscal se opuso a la investigación nacional solicitada por Libia. Los expertos subrayaron la importancia de la diferente posición del Fiscal para explicar estos casos⁵⁹.

⁵⁷ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Judgment on appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 octubre 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi», No. ICC-01/11-01/11 OA6, 24 julio 2014.

⁵⁸ TRENDAFILOVA, E., «Africa and the International Criminal Court: A Judge's Perspective», en Werle, G., Fernandez, L., y Vormbaum, M., *Africa and the International Criminal Court*, Springer, 2014, p. 26.

⁵⁹ FERSTMAN, C.; JON HELLER, K.; TAYLOR, M. y WILMSHURST E., «The International Criminal Court and Libya: Complementarity in Conflict, Chatham House, the Royal Institute of international affairs», p. 4.

Por otro lado, desde que en 2013 la Sala de Cuestiones Preliminares adoptara sus decisiones sobre admisibilidad, la situación de seguridad ha empeorado notablemente en Libia, lo que ha generado dudas acerca de si se puede seguir afirmando que el Gobierno libio ostenta la custodia de Al-Senussi, uno de los elementos considerados clave para declarar la inadmisibilidad de la investigación de la CPI en ese caso⁶⁰. A este respecto, cabe recordar que si la situación continúa deteriorándose, el Fiscal podría pedir que se revise la decisión de admisibilidad conforme al artículo 19(10) del Estatuto, que prevé dicha posibilidad cuando el Fiscal se hubiera cerciorado de que han aparecido nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibile de conformidad con el artículo 17 del Estatuto⁶¹. A la fecha de escribir estas líneas, septiembre de 2015, el Fiscal no ha considerado aún procedente hacer uso de esta disposición si bien, como se ha expuesto *supra*, ha criticado la falta de colaboración de las autoridades libias con la CPI desde que se adoptaran las decisiones de admisibilidad en relación con esta situación, como también lo ha constatado la Sala de Cuestiones Preliminares.

La relación entre las autoridades libias y la CPI también ha empeorado significativamente en los últimos años, hasta el punto de que en diciembre de 2014, la Sala de Cuestiones Preliminares I, adoptó una decisión de constatación de la falta de cooperación de Libia con la CPI de conformidad con el artículo 87(7) del Estatuto, remitiendo la misma al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁶². La constatación se basaba en el incumplimiento por parte de Libia de dos solicitudes enviadas por la Corte a este Estado parte por las que exigía (i) la entrega de Saif Al-Islam Gaddafi a la Corte, y (ii) la devolución a la defensa de Saif Al-Islam Gaddafi de los documentos originales que fueron incautados por las autoridades libias al ex abogado defensor de este

⁶⁰ *Id.*, p. 6.

⁶¹ Véase a este respecto el artículo 19(10) «Si la Corte hubiere declarado inadmisibile una causa de conformidad con el artículo 17, el Fiscal podrá pedir que se revise esa decisión cuando se haya cerciorado cabalmente de que han aparecido nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibile de conformidad con dicho artículo».

⁶² El artículo 87(7) del Estatuto estipula lo siguiente «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».

acusado en junio de 2012 en Zintan, y destruir todas las copias que existan de los mismos⁶³.

El Consejo de Seguridad ha hecho referencia a esta decisión en dos resoluciones de 2015 en las que pone «de relieve enérgicamente la importancia de una plena cooperación del Gobierno de Libia con la Corte Penal Internacional y el Fiscal»⁶⁴ y exhorta al Gobierno libio a que coopere plenamente con la Corte Penal Internacional y su Fiscal, proporcionándoles la asistencia necesaria, de conformidad con la resolución 1970 (2011)⁶⁵.

En la más reciente de estas decisiones, de 10 de septiembre de 2015, el Consejo de Seguridad también «observa» 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, lo que a 29 de septiembre de 2015, cuando se escriben estas líneas, aún no ha sucedido.

A pesar de lo anterior, la Fiscalía de la CPI ha decidido continuar apostando por el diálogo y la colaboración con Libia, como demuestra el Memorando de Entendimiento firmado en noviembre de 2013 por la Oficina del Fiscal de la CPI y el Gobierno Libio⁶⁶. Esta estrategia es coherente con los objetivos del Plan Estratégico publicado por la Oficina del Fiscal para el periodo 2012-2015, en concreto con la denominada estrategia de complementariedad positiva de la Fiscalía⁶⁷.

El Memorandum establece, según los términos utilizados por el Fiscal de la CPI, un reparto de cargas cuya finalidad es promover la colaboración para garantizar que las personas presuntamente responsables de cometer crímenes

⁶³ Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council, No.: ICC-01/11-01/11, 10 diciembre 2014.

⁶⁴ Resolución 2213 (2015)

⁶⁵ Resolución 2213 (2015) y Resolución 2238 (2015).

⁶⁶ Véase la referencia a la gestación y firma del Memorando de Entendimiento el Sexto Informe Del Fiscal De la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de la ONU de Conformidad con la Resolución 1970 (2011), p. 2.

⁶⁷ International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Strategic plan 2012-2015, en concreto el objetivo estratégico número 4: «Strategic goal 4: enhance Complementarity and Cooperation by strengthening the Rome system in support of the ICC and of national efforts in situations under preliminary examination or investigation». Véase también, *inter alia*, p. 13 «The Office has followed a prosecutorial strategy based on the following principles: Investigating and prosecuting the most responsible perpetrators, Focused investigations and prosecutions, A positive approach to complementarity, Take a victim-centred approach in all aspects of the work of the OTP, Maximising the preventive impact».

en Libia a partir del 15 de febrero 2011 comparezcan ante la justicia⁶⁸. Según el Memorando, la Oficina del Fiscal dará prioridad a la investigación y enjuiciamiento de los acusados que estén fuera del territorio de Libia y que resulten por lo tanto en gran parte inaccesibles para las autoridades libias, mientras que el Gobierno de Libia dará prioridad a las investigaciones de los sospechosos que se encuentran dentro del territorio libio. No obstante, como quiso subrayar la actual Fiscal de la CPI, Sra. Bensouda, con arreglo al Memorando ni la CPI ni Libia renuncian a su respectiva jurisdicción ni el mismo se aplica o afecta a las investigaciones en curso en los casos de Al Senussi y Gaddafi⁶⁹. El Fiscal de la Corte alabó recientemente los esfuerzos de Libia para ejecutar lo acordado en el Memorando de Entendimiento en el marco de la presentación de su noveno informe al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas⁷⁰.

Por último, como ha afirmado un miembro de la CPI involucrado en el análisis de la admisibilidad de los dos casos relativos a la situación de Libia, la Corte ha despejado las reservas que muchos tenían en el sentido de que iba a explotar su margen de discrecionalidad en el análisis de admisibilidad para limitar la responsabilidad principal de los Estados parte de la CPI para juzgar las conductas tipificadas en el Estatuto, ignorando las diferentes culturas jurídicas de los mismos. Frente a estos temores, la Corte ha considerado suficiente a los efectos del principio de complementariedad que las jurisdicciones nacionales estén investigando, sustancialmente, la misma conducta, y por tanto no exactamente la misma que está examinando la CPI, y, en lo que hace al respeto de las diferentes culturas jurídicas, la Corte ha aceptado, en el caso Al-Senussi, que los tribunales libios investiguen y enjuicien a este acusado, con pleno conocimiento de la posible imposición de la pena de muerte a este acusado con arreglo a la legislación nacional⁷¹.

⁶⁸ Intervención del Fiscal de la CPI con motivo de la presentación del Sexto Informe de conformidad con la Resolución 1970 (2011), 12 de mayo de 2015.

⁶⁹ En los rotundos términos utilizados por la Fiscal «To be absolutely clear, this agreement does not relinquish the ICC or the Libyan courts of their respective jurisdiction, nor does it apply and/or affect the ongoing judicial proceedings in either the Saif Al-Islam Gaddafi or the Al Senussi cases». Sus declaraciones ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/ProsecutorUNSCNov2013.aspx>.

⁷⁰ Intervención del Fiscal de la CPI con motivo de la presentación del Noveno Informe de conformidad con la Resolución 1970 (2011), 12 de mayo de 2015.

⁷¹ TRENDAFILOVA, E., «Africa and the International Criminal Court: A Judge's Perspective», en Werle, G., Fernandez, L. y Vormbaum, M., *Africa and the International Criminal Court*, Springer, 2014, p. 26.

4. *Colombia*

Desde el año 2004, la Fiscalía ha recibido numerosas comunicaciones con arreglo al artículo 15 del Estatuto, en concreto 157⁷², relativas al conflicto violento entre las fuerzas armadas, paramilitares y grupos armados rebeldes que sufre Colombia desde hace más de 50 años. En virtud del mencionado artículo 15, el Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte tras el examen preliminar de la misma⁷³.

En marzo de 2005, el Fiscal informó al Gobierno de Colombia de que había recibido información sobre presuntos crímenes cometidos en Colombia que podrían ser competencia de la Corte⁷⁴. En efecto, la Fiscalía considera que existen fundamentos razonables para creer que se han cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad en Colombia tras el comienzo de la competencia temporal de la CPI. Desde entonces, el Fiscal examina de forma preliminar si procede comenzar una investigación en relación con la situación en Colombia. Conviene precisar, no obstante, que a pesar de que el Fiscal iniciara su examen en 2004, la Corte sólo es competente desde el 1 de noviembre de 2009 para enjuiciar crímenes de guerra cometidos en Colombia, habida cuenta de la declaración formulada por Colombia en este sentido en virtud del artículo 124 del Estatuto⁷⁵.

⁷² Oficina del Fiscal, Informe sobre examen preliminar, Actividades 2014, 2 diciembre 2014, apartado 103.

⁷³ Véanse en concreto los apartados 1 al 3 del artículo 15 del Estatuto: «1. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte. 2. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte. 3. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba».

⁷⁴ Véase a este respecto el Informe intermedio sobre la situación en Colombia publicado por la Oficina del Fiscal en noviembre de 2012, ap. 2.

⁷⁵ El artículo 124 del Estatuto establece lo siguiente «No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus

En 2012, la Fiscalía de la CPI publicó un informe sobre el estado del examen preliminar relativo a Colombia (en adelante el «Informe intermedio» o «Informe»). En sede de admisibilidad, el Informe recuerda las dos fases previstas por el artículo 17 del Estatuto, descritas en la sección anterior, a saber, (i) se debe determinar si existen, o han existido, investigaciones nacionales pertinentes relacionadas con posibles casos de los que podría ocuparse la Fiscalía, y a este respecto aclara que la política de la Fiscalía consiste en centrarse en aquellos que parecen ser los máximos responsables de los crímenes más graves⁷⁶ y, (ii) de existir actuaciones judiciales nacionales pertinentes, la segunda pregunta consiste en determinar si dichas investigaciones y procesamientos están viciados por la falta de voluntad o la incapacidad de realizar auténticas investigaciones y procesamientos⁷⁷.

En su Informe intermedio, la Fiscalía constataba que las autoridades colombianas habían llevado a cabo numerosas acciones judiciales, incluyendo sentencias, contra miembros de los diferentes grupos afectados por el conflicto objeto de examen por la Corte, a saber, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia («FARC»), el Ejército de Liberación Nacional («ELN»), altos mandos paramilitares, oficiales del ejército, y políticos presuntamente vinculados con grupos armados⁷⁸. Recientemente, la Fiscalía ha subrayado que ha analizado 239 sentencias, de las cuales 129 se refieren a conductas realizadas en el ámbito temporal sobre el que la Corte tiene competencia⁷⁹.

La Fiscalía constataba también que muchas de las acciones judiciales iban destinadas a juzgar, en algunos casos *in absentia*, a los principales responsables de las FARC y del ELN por conductas que constituyen crímenes de com-

nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123».

⁷⁶ Véase también a este respecto el Plan Estratégico de la Oficina del Fiscal para el period 2012-2015, International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Strategic plan 2012-2015, p. 13 «The Office has followed a prosecutorial strategy based on the following principles: Investigating and prosecuting the most responsible perpetrators [...]»

⁷⁷ Informe intermedio sobre la situación en Colombia publicado por la Oficina del Fiscal en noviembre de 2012, aps. 157-158.

⁷⁸ *Id.*, apartados 196.

⁷⁹ Oficina del Fiscal, Informe sobre examen preliminar, Actividades 2014, 2 diciembre 2014, apartado 103

petencia de la Corte como homicidios, desplazamientos forzados, toma de rehenes, torturas y reclutamiento de niños, así como a paramilitares y políticos y otros funcionarios públicos. Por otro lado, algunas sentencias se habían dictado contra miembros de las fuerzas armadas de Colombia, si bien la Fiscalía consideraba necesario seguir investigando si se trataba en este caso de los máximos responsables⁸⁰. De hecho, el informe adelantaba a este respecto que, aunque numerosas, las actuaciones judiciales relativas a la conducta de las fuerzas armadas no se habían centrado en determinar la responsabilidad de los mandos superiores⁸¹. El Informe concluía asimismo que, a pesar de los esfuerzos de las autoridades colombianas, el examen preliminar debía continuar respecto del requisito de complementariedad, y lo anterior específicamente en torno a un grupo de aspectos considerados prioritarios. Se puede afirmar, por tanto, que la Fiscalía consideró que los casos identificados eran inadmisibles ante la CPI en ese momento⁸².

En efecto, tras adopción en junio de 2012 por el poder legislativo colombiano del «Marco Jurídico para la Paz», que introduce una estrategia de justicia transicional para la resolución de este conflicto armado, la Fiscalía anunció que el examen preliminar de la situación en Colombia se centraría en los siguientes aspectos «i) el seguimiento del Marco Legal [Jurídico] para la Paz y otros desarrollos legislativos pertinentes, así como los aspectos jurisdiccionales relacionados con el surgimiento de «nuevos grupos armados ilegales», para evitar que la aplicación del mismo genere situaciones de impunidad, ii) las actuaciones judiciales relacionadas con la promoción y expansión de grupos paramilitares, iii) las actuaciones judiciales relacionadas con el desplazamiento forzado, iv) las actuaciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales, y v) los casos de falsos positivos». La Fiscalía consideró en relación con estos aspectos que debía profundizar en el análisis de la segunda fase del test de complementariedad, a saber, si las actuaciones judiciales llevadas a cabo por las autoridades colombianas estaban viciadas

⁸⁰ Informe intermedio sobre la situación en Colombia publicado por la Oficina del Fiscal en noviembre de 2012, ap. 16.

⁸¹ *Id.*, ap. 196.

⁸² Así lo hace el Fiscal adjunto de la Corte en su discurso pronunciado el 13 de mayo de 2015 en Bogotá, Colombia, titulado «La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional», puede consultarse en español en el siguiente enlace de la página web de la Corte Penal Internacional: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>>, p. 6.

por la falta de voluntad o la incapacidad de llevar a cabo las actuaciones genuinamente⁸³.

En lo tocante al primero de los aspectos prioritarios para el análisis de complementariedad identificado por la Fiscalía, a saber, el relativo al Marco Jurídico para la Paz, el 28 de agosto de 2013, la Corte Constitucional de Colombia rechazó un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el mismo. La decisión de la Corte Constitucional precisaba además que no sería aceptable legalmente aplicar la suspensión completa de la ejecución de una sentencia que afectase a los principales responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio, y crímenes de guerra cometidos de forma sistemática. La Fiscalía de la CPI se ha hecho eco recientemente de esta sentencia, subrayando que mediante la misma la Corte Constitucional pone de relieve su compromiso de garantizar la compatibilidad de la legislación nacional con las obligaciones internacionales de Colombia⁸⁴.

Asimismo, la Fiscalía ha constatado que las autoridades colombianas han adoptado recientemente medidas para priorizar las investigaciones y procesamientos de los máximos responsables de las conductas relevantes para el examen preliminar, especialmente en materia de falsos positivos, si bien en otros aspectos, como en relación con los delitos sexuales cometidos en el marco del conflicto violento investigado, la Fiscalía ha expresado su preocupación por los limitados avances⁸⁵.

Recientemente, el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, James Stewart, en un interesante discurso pronunciado en Colombia, ha precisado «en nombre de la Fiscal y de la Fiscalía» el estado actual del examen preliminar respecto del principio de complementariedad, así como los límites que la Fiscalía de la CPI impone a las autoridades colombianas en

⁸³ Informe intermedio sobre la situación en Colombia publicado por la Oficina del Fiscal en noviembre de 2012, ap. 22. Los llamados «falsos positivos» consisten, presuntamente, en el asesinato por parte de las fuerzas armadas de Colombia de miles de civiles para luego hacerlos pasar por guerrilleros muertos en combate, de esta forma reforzando los éxitos militares obtenidos. Según el Informe intermedio, los falsos positivos se remontan a la década de los ochenta, si bien ocurrieron con mayor frecuencia de 2004 a 2008, años en los que la Corte sí sería competente para enjuiciarlos. Véase a este respecto el ap. 8 del Informe intermedio.

⁸⁴ Oficina del Fiscal, Informe sobre examen preliminar, Actividades 2014, 2 diciembre 2014, apartado 103.

⁸⁵ Oficina del Fiscal, Informe sobre examen preliminar, Actividades 2014, 2 diciembre 2014, apartado 130.

relación con el actual proceso de negociaciones de paz entre el Gobierno y las FARC⁸⁶.

De su intervención parece deducirse que la Fiscalía estaría muy próxima a abrir una investigación en relación con los denominados falsos positivos debido a la victimización generalizada que produjeron estos atroces asesinatos de civiles, escenificados para que parecieran guerrilleros muertos en combate, y a la ausencia de procedimientos dirigidos a determinar la responsabilidad penal de los máximos responsables del ejército, presuntos autores de los mismos⁸⁷.

Por otro lado, su discurso aporta luz sobre la posición actual de la Fiscalía respecto de la compatibilidad con el principio de complementariedad de alguna de las medidas que se prevén en el Marco Jurídico para la Paz en aplicación de la justicia transicional, como la posibilidad de reducir las penas impuestas, suspender su ejecución o imponer penas alternativas. A este respecto, en opinión de la Fiscalía, si bien el Estatuto no establece criterios para determinar cómo deben ser las penas a nivel nacional, dejando un amplio margen de discrecionalidad a los Estados Parte, éstas «deben satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores»⁸⁸.

En aplicación de estos criterios generales, la Fiscalía informó de forma confidencial a las autoridades colombianas en 2013 que la suspensión de la ejecución de las penas impuestas a los máximos responsables supondría que éstos eludiesen su responsabilidad penal y, en consecuencia, la CPI podría considerar que los procesos nacionales dirigidos contra los mismos no son auténticos en el sentido del artículo 17 del Estatuto⁸⁹. En otras palabras, la CPI adelantó

⁸⁶ Discurso pronunciado el 13 de mayo de 2015 en Bogotá, Colombia, titulado «La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional», puede consultarse en español en el siguiente enlace de la página web de la Corte Penal Internacional: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>>.

⁸⁷ Discurso pronunciado el 13 de mayo de 2015 en Bogotá, Colombia, titulado «La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional», cit., p. 8 «La victimización generalizada resultante de la práctica de los «falsos positivos» significa que el hecho de que no se investigue la responsabilidad en los más altos niveles de las autoridades militares afectará la posición que la Fiscal de la CPI adopte respecto de la admisibilidad de tales casos ante la Corte. Deberá haber avances genuinos en las investigaciones por los casos de «falsos positivos» a nivel nacional».

⁸⁸ *Id.*, p. 11.

⁸⁹ *Id.*, p. 12.

la conclusión a la que llegó la Corte Constitucional de Colombia en el sentido de que la impunidad no es aceptable en términos jurídicos.

Por otro lado, en cuanto a la reducción de las penas impuestas, la Fiscalía no ha adoptado una posición definitiva habida cuenta de la ausencia de casos concretos que puedan ser analizados. No obstante, de las palabras del Fiscal adjunto se desprende que las reducciones de penas impuestas se podrían considerar compatibles con un proceso nacional auténtico en el sentido del artículo 17 del Estatuto en un contexto tan específico como el colombiano, marcado por la apertura formal de negociaciones de paz con base en un marco legal *ad hoc* que ha sido declarado constitucional, si la reducción va acompañada de medidas de justicia transicional como las siguientes: (i) un reconocimiento de su responsabilidad penal, (ii) la desmovilización y el desarme, (iii) la garantía de no repetición de la conducta, (iv) la participación plena en el proceso de establecimiento de la verdad respecto de los crímenes graves, o (v) una posible prohibición temporal de tomar parte en los asuntos públicos⁹⁰.

Asimismo, en relación con la posibilidad, prevista en el Marco Jurídico para la Paz, de imponer «penas alternativas», la Fiscalía ha establecido una serie de criterios para determinar si las mismas cumplen con los fines de la pena mencionados *supra* y con un interés real por parte de las autoridades nacional de hacer comparecer a los principales responsables ante la justicia con arreglo al principio de complementariedad.

Así, para evaluar si una condena ha sido manifiestamente inadecuada a los efectos del artículo 17 del Estatuto, la Fiscalía tomará en cuenta los siguientes factores: (i) la práctica habitual a nivel nacional en cuanto a la imposición de penas por crímenes del Estatuto de Roma, (ii) la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del autor, (iii) el tipo y grado de restricciones a la libertad, (iv) la existencia de circuns-

⁹⁰ Discurso pronunciado el 13 de mayo de 2015 en Bogotá, Colombia, titulado «La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional», cit., pp. 12-13. En efecto, según el Fiscal adjunto «Estas medidas podrían justificar una reducción de la pena que de otro modo sería proporcional a la gravedad del delito y al grado de responsabilidad del autor. [El fiscal señalaba además que estas medidas constituyen] un ejemplo del amplio margen del que los Estados gozan al decidir sobre los mecanismos diseñados para establecer la verdad, y que también son compatibles con el objetivo del Estatuto de Roma de poner fin a la impunidad por los crímenes más graves».

tancias atenuantes, o (v) las razones que el juez que impone la sanción haya dado para imponer una sanción en particular⁹¹.

Por último, respecto de la cuestión de cómo priorizar entre los miles de asuntos pendientes ante los tribunales colombianos, el Fiscal adjunto reiteró que la política de la Fiscalía de la CPI, debido a su mandato y a las limitaciones prácticas y logísticas de una corte con jurisdicción global, consiste en investigar y enjuiciar a los máximos responsables de la comisión de crímenes competencia de la Corte, entendidos éstos como las personas que se encuentren en los escalones más elevados de autoridad, y hayan presuntamente han dirigido, financiado, o de otra forma organizado los crímenes del Estatuto de Roma⁹². En consecuencia, a los efectos del análisis de complementariedad, lo relevante será determinar si las autoridades colombianas, que en principio deberían enjuiciar a todos los responsables con independencia de su rango y condición, han investigado y enjuiciado a los principales responsables de los crímenes previstos por el Estatuto de Roma.

Los distintos documentos elaborados por la Fiscalía hasta la fecha en relación con este asunto, así como las recientes palabras de su fiscal adjunto, evidencian el interés que la Fiscalía ha depositado en la situación de Colombia, y sus esfuerzos para que sean las autoridades colombianas las que resuelvan su conflicto armado, recordando, eso sí, que la justicia y los derechos de las víctimas tendrán que formar parte de la solución.

Los esfuerzos de la Fiscalía podrían estar dando sus frutos. Así, el pasado 23 de septiembre de 2015, el Presidente de Colombia y el líder de las FARC, alcanzaron un histórico acuerdo por el que se establece una jurisdicción especializada, formada por jueces colombianos y extranjeros, que juzgará a los principales responsables del conflicto, tanto de la guerrilla como del ejército colombiano, así como a políticos y financiadores del paramilitarismo. El acuerdo establece también, de conformidad con las indicaciones de la Fiscalía expuestas *supra*, que no puede haber amnistía para los responsables de delitos de lesa humanidad, de genocidio y de graves crímenes de guerra, los delitos competencia de la CPI⁹³.

⁹¹ Discurso pronunciado el 13 de mayo de 2015 en Bogotá, Colombia, titulado «La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional», cit., pp. 13-14.

⁹² *Id.*, pp. 15-16.

⁹³ Según ha sido publicado en prensa, el acuerdo establece lo siguiente: «Hemos acordado crear una Jurisdicción Especial para la Paz, que contará con Salas de Justicia y con un Tribunal para la Paz. Las Salas y el Tribunal estarán integrados principalmente por magistrados colombianos,

El acuerdo estipula asimismo que las penas variarán en función del grado de reconocimiento de los crímenes cometidos, con un máximo de 8 años de restricción de libertad en condiciones especiales, para los que reconozcan los crímenes más graves. Las condiciones especiales a las que se refiere el acuerdo supondrían que las penas se cumplirían en centros no carcelarios⁹⁴. Para los responsables que no reconozcan sus crímenes se aplicarán sanciones en cárceles ordinarias de hasta 20 años. La Fiscalía General de Colombia informó tras

y contarán con una participación minoritaria de extranjeros que cumplan los más altos requisitos. La función esencial de las Salas y del Tribunal para la Paz es acabar con la impunidad, obtener verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y juzgar e imponer sanciones a los responsables de los graves delitos cometidos durante el conflicto armado, particularmente los más graves y representativos, garantizando la no repetición. [Otro de los puntos del acuerdo establecería lo siguiente] Terminar con las hostilidades, de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario, el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible por delitos políticos y conexos. Una ley de amnistía precisará el alcance de la conexidad. En todo caso no serán objeto de amnistía o indulto las conductas tipificadas en la legislación nacional que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves como la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual. Estos delitos serán objeto de investigación y enjuiciamiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz» <<http://www.elmundo.es/internacional/2015/09/24/5603975846163fa3428b4572.html>>.

⁹⁴ Así, según el acuerdo, «La Jurisdicción Especial para la Paz contempla dos tipos de procedimientos: uno para quienes reconocen verdad y responsabilidad, y otro para quienes no lo hacen o lo hacen tardíamente. A los primeros se les impondrá una sentencia, fundada en las conductas reconocidas después de haber sido contrastadas las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, las sanciones impuestas por otros órganos del Estado, las sentencias judiciales existentes, así como la información que provean las organizaciones de víctimas y de derechos humanos. Los segundos enfrentarán un juicio contradictorio ante el Tribunal. Las sanciones que imponga el Tribunal tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz y deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado. Para todos aquellos que reconozcan responsabilidades por los delitos competencia del Sistema, la sanción tendrá un componente de restricción de libertades y derechos que garantice el cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de las mismas mediante la realización de trabajos, obras y actividades y en general la satisfacción de los derechos de las víctimas. Las sanciones para quienes reconozcan delitos muy graves tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de 5 años y un máximo de 8 de restricción efectiva de la libertad, en condiciones especiales. Las personas que hagan dicho reconocimiento de manera tardía ante el Tribunal serán sancionadas con pena de prisión de 5 a 8 años, en condiciones ordinarias. Para tener derecho a la pena alternativa, se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad. Las personas que se nieguen a reconocer su responsabilidad por tales delitos y resulten culpables serán condenadas a pena de prisión hasta de 20 años, en condiciones ordinarias: <<http://www.elmundo.es/internacional/2015/09/24/5603975846163fa3428b4572.html>>.

el acuerdo que «ha suspendido las imputaciones contra los integrantes de la cúpula de las FARC»⁹⁵.

La Fiscalía de la CPI deberá pronunciarse sobre la reducción de penas y sobre las penas alternativas no carcelarias acordadas por las partes a la luz de los criterios que se han expuesto previamente. A este respecto, las condiciones del acuerdo que se han hecho públicas se asemejan mucho a las mencionadas por el Fiscal adjunto para aceptar una reducción de la pena. Así, se prevé el reconocimiento de la responsabilidad penal de los principales responsables o la desmovilización y el desarme de las FARC, y previsiblemente se incluirá también la garantía de no repetición de la conducta, la participación plena en el proceso de establecimiento de la verdad respecto de los crímenes graves, y una posible prohibición temporal de tomar parte en los asuntos públicos.

Por otro lado, una pena alternativa que no conlleve el ingreso en prisión de sólo 8 años por crímenes de lesa humanidad supone una reducción significativa respecto de la práctica habitual en Colombia en cuanto a la imposición de penas por crímenes del Estatuto de Roma. Además, el margen entre 5 y 8 parece demasiado reducido como para guardar proporcionalidad entre la pena impuesta, la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del autor. Habrá que analizar el tipo y grado de restricciones a la libertad, o en otros términos, en qué condiciones cumplirán sus penas los máximos responsables.

Sin embargo, es probable que la Fiscalía haya sido informada con carácter previo al acuerdo e incluso que haya considerado como suficientes las condiciones acordadas pues, de lo contrario, el acuerdo alcanzado tendría poco recorrido si la Fiscalía decide abrir una investigación y solicitar el encarcelamiento de los principales sospechosos en La Haya. A este respecto, el líder guerrillero habría manifestado tras el acuerdo que el mismo respetaba los acuerdos internacionales suscritos por Colombia⁹⁶.

De hecho, un día después de la publicación del acuerdo, la Fiscalía publicó un comunicado en el que daba la bienvenida al acuerdo, subrayando que el

⁹⁵ Véase la referencia a esta noticia en el siguiente enlace del diario *El Mundo* <<http://www.elmundo.es/internacional/2015/09/23/56029d50e2704e7c798b4598.html>>.

⁹⁶ Véase a este respecto la noticia en el siguiente enlace del diario *El Mundo* <<http://www.elmundo.es/internacional/2015/09/23/56029d50e2704e7c798b4598.html>>. «Timochenko [líder de las FARC], por su parte, aseguró que el modelo de justicia acordado será respetuoso con los acuerdos internacionales y que transformarán las FARC en un movimiento político legal».

mismo excluye la concesión de cualquier amnistía para los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y que ha sido diseñado para poner fin a la impunidad de los crímenes más graves. No obstante, el comunicado señalaba también que en los próximos meses la Fiscalía analizaría en detalle el acuerdo y que colaboraría estrechamente para ello con distintas partes interesadas como las víctimas y organizaciones de la sociedad civil⁹⁷.

En suma, la Fiscalía continúa con el examen preliminar de la situación en Colombia después de más de diez años de análisis. Algunos elementos objetivos permiten explicar porqué el examen preliminar de Colombia es distinto a otros iniciados, y resueltos, por la Fiscalía, y porqué puede servir en el futuro para fijar el estándar de colaboración que se espera de los Estados Parte en el marco del análisis de complementariedad.

Un conocedor de primera mano del examen preliminar relativo a Colombia precisaba en 2012 algunos de estos elementos: «(i) la independencia y operatividad de ciertos órganos jurisdiccionales nacionales colombianos (en particular las Salas de Casación Penal y la SJP); (ii) la voluntad de estos órganos jurisdiccionales de proceder con las investigaciones y enjuiciamiento por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra incluso si ello supone un enfrentamiento con sectores políticos, económicos, militares o administrativos cercanos al gobierno de turno; (iii) el alto nivel de acceso a los elementos de prueba debido a las declaraciones realizadas por los propios comandantes paramilitares desmovilizados; y (iv) la apertura a recibir cursos de formación de profesionales con una dilatada experiencia profesional en el desarrollo de investigaciones y enjuiciamientos ante tribunales penales internacionales»⁹⁸.

Otro de los elementos, sin duda, clave para entender la situación actual reside en el proceso de paz iniciado el 27 de agosto de 2012 por el Gobierno de Colombia y las FARC tras la adopción del Marco Jurídico para la Paz unos meses antes y que, como se ha expuesto, estaría próximo a poner fin al conflicto violento entre ambas partes a cambio, eso sí, de importantes concesiones en

⁹⁷ El comunicado de la Fiscalía puede consultarse en el siguiente enlace de la CPI: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp_stat_24-09-2015.aspx>.

⁹⁸ OLÁSULO ALONSO, H., «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REED), n° 24, 2012, pp. 1-54, en p. 52.

términos de los derechos de las víctimas y de justicia para los responsables de los crímenes más graves, concesiones que la Fiscalía de la CPI podría aceptar si decide continuar con el examen preliminar a pesar de la escasa entidad de las penas acordadas.

IV. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones anteriores, de la práctica de la Fiscalía y de los órganos judiciales de la CPI en relación con la aplicación del principio de complementariedad, podemos deducir las siguientes conclusiones.

En primer lugar, los jueces de la CPI han concluido que la Fiscalía debe determinar, en el marco del análisis de complementariedad, si las mismas personas que podrían ser investigadas y enjuiciadas ante la CPI están siendo sometidas a procesos auténticos a nivel interno por *sustancialmente* la misma conducta. En consecuencia, los hechos analizados no deben ser exactamente los mismos, ni la conducta ser idéntica, sino sustancialmente la misma, y no es necesario a este respecto que las imputaciones realizadas a nivel nacional se califiquen como crímenes del Estatuto de Roma en la medida en que las conductas subyacentes sean sustancialmente las mismas. Esta matización ha sido interpretada como una muestra de que la CPI no está interesada en ir más allá de los límites impuestos por el Estatuto a su jurisdicción, y por tanto que ésta reconoce y apoya que la competencia primordial para enjuiciar los delitos previstos en el Estatuto corresponde a los Estados Parte.

En segundo lugar, conforme a la jurisprudencia de la CPI relativa al principio de complementariedad, la violación de ciertos derechos procesales del acusado no es *per se* suficiente para considerar satisfecho el estándar establecido por el artículo 17 del Estatuto de Roma. Así, deberá acreditarse que la falta de independencia o imparcialidad por parte de la autoridad investigadora o judicial no es coherente, en las circunstancias concretas del caso, con la intención de llevar al acusado ante la justicia.

En tercer lugar, los jueces de la CPI han confirmado asimismo que la concurrencia del criterio de la incapacidad para llevar a cabo una investigación en el sentido del artículo 17(1) (a) a (c) y (3) del Estatuto puede variar a lo largo de una investigación, si se producen cambios objetivos en la jurisdicción nacional considerada en principio incapaz. Se trata, por tanto, de un criterio dinámico que no puede darse por cumplido sólo con base en los hechos que determinaron la apertura de una investigación.

Por último, la actuación de la Fiscalía en relación con la investigación de la situación en Colombia demuestra el compromiso de la misma con su estrategia de complementariedad positiva. Las líneas rojas marcadas por la Fiscalía a las medidas que se podrían aplicar como parte de la estrategia de justicia transicional a los responsables de crímenes del Estatuto, comunicadas primero confidencialmente al Gobierno de Colombia y posteriormente hechas públicas, parecen haber determinado las conversaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y los dirigentes de las FARC, que parecen finalmente aproximarse a su tan anhelado objetivo.