

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ - JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ  
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO - M<sup>a</sup> TERESA CASTIÑEIRA PALOU

*Coordinadores*

# ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

*Homenaje al profesor*  
**SANTIAGO MIR PUIG**

editorial  
**B de f**  
Montevideo - Buenos Aires

2017

*Julio César Faira* - Editor

## EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA DE SELECCIÓN DE LA PERSECUCIÓN\*

KAI AMBOS\*\*

El presente estudio está dedicado a Santiago Mir Puig, cuyas premisas fundamentales<sup>1</sup> defendidas a lo largo de su amplia obra constituyen manifestaciones concretas de la idea de un derecho penal y de una política criminal fundamentadas constitucionalmente. Esa base constitucional, en los términos planteados por Mir Puig, no sólo representa un punto de referencia fundamental en su argumentación a favor de un sistema penal limitado<sup>2</sup>, sino, además, la razón explícita de su declaración exigiendo el desarrollo de las normas del derecho penal internacional<sup>3</sup> con el objetivo de “someter las legislaciones penales, incluidas las de los países hegemónicos, al respeto de los principios y derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional y coherentes con los que sirven de base al Estado constitucional”<sup>4</sup>.

### 1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

El “sistema de justicia penal internacional” es un sistema interrelacionado y dinámico compuesto de tres niveles, cuyo objetivo consiste en reducir la impunidad respecto

\* Traducción basada en el trabajo “The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy” (en Ackerman/Ambos/Sikirić [eds.], *Visions of Justice, Liber Amicorum Mirjan Damaška*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016) realizada por Gustavo Urquiza, LL.M y doctorando de la Georg-August Universität Göttingen y miembro de la Secretaría Ejecutiva del CEDPAL, a quien además agradezco por su ayuda en la actualización del presente artículo para su publicación en este LH.

\*\* Profesor catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado y Derecho penal internacional en la Georg-August Universität Göttingen; juez del Tribunal Especial para Kosovo; director general del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL).

<sup>1</sup> Entre otras, la defensa del programa penal propio de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, así como la necesaria interrelación entre el derecho penal, la política criminal y la política general del Estado. V. MIR PUIG, “Constitución, derecho penal y globalización”, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir.), Gómez Martín (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 3 y s.

<sup>2</sup> V. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 102 y ss., nm. 68 y ss. (rechazando, por ejemplo, la función de la pena como “realización de la Justicia”), v. también pp. 101 y s., nm. 63 (“...nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una *prevención limitada* que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores”). Resaltado en el original.

<sup>3</sup> MIR PUIG, “Constitución, derecho penal y globalización”, p. 5: “...es necesario desarrollar las normas de Derecho penal internacional protectoras de los derechos humanos (empezando por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional)...”.

<sup>4</sup> Ídem, p. 5.

a los denominados *core crimes* internacionales. La CPI sólo es un elemento de ese sistema. Debido a sus limitaciones ella debe utilizar sus escasos recursos de una forma altamente eficiente y racional. La aplicación selectiva constituye pues el principal desafío de la Corte y, al mismo tiempo, la esperanza para evitar la sobrecarga y el agotamiento. Sin embargo, esto conduce a un sistema de justicia distributiva antes que a un sistema de justicia retributiva, lo que podría socavar la legitimidad de la Corte si las decisiones de persecución no son explicadas ni justificadas adecuadamente para contrarrestar la impresión de que la CPI sólo constituye una corte para individuos provenientes de Estados débiles<sup>5</sup>. Aunque es difícil luchar contra esa impresión, la única vía posible es seguir desarrollando criterios justos, racionales y transparentes para la selección y priorización de las situaciones y de los casos y, además de ello, abrir investigaciones formales, lo antes posible, en casos no africanos.

## 2. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La institucionalización del derecho penal internacional (DPI) por medio del establecimiento de la CPI implica la creación de un *sistema penal único de la comunidad internacional*<sup>6</sup>. Este nuevo sistema penal representa sólo uno de los elementos –el transnacional– del “sistema de justicia penal internacional”. Él se halla incompleto sin el otro elemento del sistema de justicia penal internacional: los *sistemas nacionales de justicia penal*, los cuales funcionan en su primer y tercer nivel. La responsabilidad de investigar, perseguir e imputar crímenes internacionales le corresponde principalmente al Estado territorial. Sólo cuando éste fracasa en la ejecución de ese deber, la CPI tiene el derecho y tal vez la posibilidad de intervenir. Esto es una consecuencia del principio de complementariedad, que otorga primacía jurisdiccional al Estado territorial. De hecho, concede primacía a cualquier estado “que posea jurisdicción sobre ello”<sup>7</sup>, es decir, que tenga jurisdicción sobre el respectivo *core crime* internacional<sup>8</sup>. Cuando ni el Estado “que posee jurisdicción sobre ello” ni la CPI desean, o cuando no pueden afrontar la situación criminal, entra en juego la intervención de terceros Estados con base en la jurisdicción universal para enfrentar la existencia de lagunas de punibilidad en el ámbito nacional<sup>9</sup>.

## 3. ESTRATEGIA, POLÍTICA Y SELECCIÓN DE LA PERSECUCIÓN

### 3.1. Sistema de justicia penal ideal y sistema de justicia penal real

La otra cara de las lagunas de punibilidad del primer y tercer nivel del sistema de justicia penal internacional es el (cada vez más) alto número de crímenes internacio-

<sup>5</sup> Véase también DAMAŠKA, “What is the Point of International Criminal Justice?”, *Chicago-Kent Law Review* (Chi-Kent. L. Rev.), 83 (2008), p. 361.

<sup>6</sup> Aquí adhiero a la distinción entre comunidad y sociedad internacional realizada por Paulus, en el sentido de que la comunidad adicionaría al vínculo social entre sus miembros un elemento normativo. Cfr. PAULUS, “International Law and International Community”, en Armstrong (ed.), *Handbook of International Law*, London 2009, pp. 44, 45 [referencias omitidas].

<sup>7</sup> Art. 17 (1)(a) Estatuto de la CPI (ECPI).

<sup>8</sup> La disposición no concierne a otros tribunales penales internacionales; en tal sentido, un eventual conflicto de jurisdicción tiene que resolverse en el ámbito procesal, por ejemplo, no abriendo una investigación formal de acuerdo con el art. 53 (1)(c), (2)(c) ECPI.

<sup>9</sup> Por supuesto, este sistema de tres niveles es dinámico e interrelacionado. Por eso, por ejemplo, un tercer Estado puede abstenerse de perseguir con base en la jurisdicción universal si el Estado territorial ya se encuentra dispuesto y, además, tiene la posibilidad de llevar a cabo la persecución. El sistema no sólo opera verticalmente –hacia arriba o hacia abajo– entre los Estados y la CPI, sino también en el nivel horizontal de cooperación entre Estados.

nales que pueden concernir a la CPI. Como admite la OF misma<sup>10</sup>, la CPI no puede enfrentar en términos prácticos la carga de persecución que ello implica. Esto tiene profundas implicancias para la clase de justicia impartida por la Corte. En un sistema de justicia (penal) ideal, cada sospechoso recibe la cantidad de justicia retributiva que merece de acuerdo con la gravedad del injusto del respectivo comportamiento y con su culpabilidad (*culpa*). Pero en el mundo real las cosas son más complicadas, pues en prácticamente todos los sistemas nacionales de justicia penal la justicia es distribuida selectivamente de acuerdo con determinados criterios por lo usual con un fundamento político<sup>11</sup>. La justicia penal internacional representada por la CPI también constituye un sistema real con ciertas peculiaridades y enfocado en la macrocriminalidad. Es decir, la CPI enfrenta situaciones de criminalidad masivas y complejas en territorios distantes pero no dispone de suficientes recursos para afrontar ese desafío de un modo adecuado. La Corte adolece pues, en palabras de Damaška, de una "debilidad endógena"<sup>12</sup>.

En todo caso, el proyecto de justicia penal de la Corte no es un proyecto de justicia retributiva en el sentido clásico, sino más bien uno de justicia penal distributiva, en el cual el principal desafío no es ni la imposición equitativa o justa de sanciones ni los acusados considerados individualmente, sino más bien la distribución equitativa de justicia a un determinado grupo de sospechosos o autores<sup>13</sup>. Como ha señalado correctamente Damaška<sup>14</sup>, para la Corte es un desafío enorme realizar esa selección y, al mismo tiempo, evitar la impresión de que ella sólo persigue a individuos provenientes de Estados débiles y que, por eso, reproduce las inequidades estructurales existentes entre los Estados en el ámbito internacional<sup>15</sup>. El asunto es aún más complicado por el hecho de que los sospechosos no son seleccionados como meros individuos –como normalmente sucede en los procedimientos nacionales– sino más bien como representantes de ciertos grupos de autores (los serbios, los croatas...), lo que tiene como consecuencia que la selección contenga la distribución de responsabilidad a sus respectivos Estados o grupos.

Resulta evidente pues que la *selección y priorización de casos* realizada de un modo racional, justo y transparente, y acompañada de una estrategia coherente de persecución es de la mayor importancia para el éxito y la legitimidad de la CPI<sup>16</sup>, puesto que su fis-

<sup>10</sup> Cfr. ICC-ASP, *Report of the Court on the Basic Size of the Office of the Prosecutor*, ICCASP/14/21, 7 de agosto 2015, donde se reconoce que la dimensión actual de la OF está por "debajo del nivel requerido" (párr. 4) y que, por consiguiente, se requiere de un incremento a una "dimensión básica" (incremento del personal de 405 a 540 personas, párr. 11) para alcanzar cuando menos las exigencias esperadas "sin tener que priorizar excesivamente actividades ni sobreexigir constantemente los recursos..." (párr. 8).

<sup>11</sup> Véase también DAMAŠKA, *Chi-Kent. L. Rev.*, pp. 362-363 (respecto a la discriminación desde una perspectiva histórica).

<sup>12</sup> DAMAŠKA, "The International Criminal Court between Aspiration and Achievement", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14 (2009), p. 21.

<sup>13</sup> Cfr. MÉGRET, "What Sort of Global Justice is 'International Criminal Justice?'", *JICJ* 13 (2015), pp. 81 ("una justicia entre antes que una justicia para"), 83-84 (distribución justa), 89, 95. Véase de modo general SCHABAS, "Selecting Situations and Cases", en Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015, p. 365 ("selectividad extrema" del sistema internacional de persecución penal); DE MEESTER, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, Cambridge et al. 2015, pp. 270-271.

<sup>14</sup> DAMAŠKA, *Chi-Kent. L. Rev.*, pp. 360 y s.

<sup>15</sup> Acerca de esta inequidad estructural también respecto del "nosotros del DPI", TALLGREN, "The Voice of the International", *JICJ* 13 (2015), p. 155.

<sup>16</sup> Véase previamente, por todos, AMBOS/STEGMILLER, "Prosecuting International Crimes at the International Criminal Court", *Crime, Law and Social Change*, 58 (2012), p. 392.

cal (quien está a cargo de la selección)<sup>17</sup> tiene un alcance potencialmente universal y no sólo el poder de seleccionar casos y acusados individuales, sino también el de investigar situaciones completas<sup>18</sup>.

### 3.2. Situaciones y casos

El complejo proceso de selección de acusados y de cargos concretos sigue dos pasos fundamentales: primero, la selección primaria de *situaciones* –“generalmente definida en términos de parámetros temporales, territoriales y en algunos casos personales”<sup>19</sup>–, y segundo, la posterior extracción de los *casos* –es decir, “incidentes específicos durante los cuales... parecen haber sido cometidos uno o más crímenes por uno o más sospechosos individualizados”<sup>20</sup>– a partir de esas situaciones<sup>21</sup>. Podría distinguirse entre casos *en un sentido amplio* y casos *en un sentido estricto*. Mientras que estos últimos hacen referencia a los casos (estrictamente) legales<sup>22</sup>, que surgen con una orden de detención o de comparecencia, los casos (potenciales) en un sentido amplio surgen tan pronto como la OF formule alegaciones en contra de uno o de más individuos específicos e incluso cuando ella, eventualmente, haya creado el “expediente de un caso” con el nombre de aquellos. De hecho, ese caso en sentido amplio constituye la “hipótesis de un caso” es decir, una serie probable de casos que surgen de la investigación de una situación<sup>23</sup>.

Dentro de una situación, la OF aplicaba originalmente una metodología *secuencial o “sucesiva”*<sup>24</sup>, es decir, investigaba uno tras otro los casos específicos de una situación en lugar de investigarlos todos a la vez. Como consecuencia de ello, los casos dentro de la situación eran seleccionados de acuerdo con su gravedad. Luego, la OF se hizo más flexible realizando también investigaciones simultáneas<sup>25</sup> y reemplazando el término

<sup>17</sup> Véase también *Prosecutor v. Bemba*, n° ICC-01/05-01/08-453, PTC II Decision on Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, párr. 10 (17 de julio de 2009) (dejando el “asunto de la selección de casos” al fiscal); ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), párr. 5, disponible en [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

<sup>18</sup> AMBOS/STEGMILLER, “Prosecuting International...”, p. 392; también AMBOS/BOCK, “Procedural Regimes”, en Reydams/Wouters/Ryngaert (eds.), *International Prosecutors*, Oxford, 2012, pp. 532, 541; SMEULERS/WEERDESTIJN/HOLA, “The Selection of Situations by the ICC”, *International Criminal Law Review (ICLR)*, 15 (2015), p. 2.

<sup>19</sup> *Prosecutor v. Lubanga*, n° ICC-01/04-101-tEN-Corr, párr. 65.

<sup>20</sup> *Prosecutor v. Lubanga*, n° ICC-01/04-101-tEN-Corr, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6, párr. 65 (17 de enero de 2006).

<sup>21</sup> Reg. 34-35 Reglamento de la OF.

<sup>22</sup> Sala de Cuestiones Preliminares II, *Situation in the Republic of Kenya*, n° ICC-01/09-3, Request for Authorisation of an Investigation pursuant to Article 15, párr. 51, 107 (26 de noviembre de 2009) y *Situation in the Republic of Kenya*, n° ICC-01/09-19, párr. 50, 182, 188 (evaluación de la admisibilidad “frente a criterios seguros que definen un ‘potencial caso’...”).

<sup>23</sup> Originalmente RASTAN, “What is a ‘Case’ for the Purpose of the Rome Statute?”, *Criminal Law Forum (CLF)*, 19 (2008), p. 441; ahora Reg. 34 RegOTP; también, ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), párr. 4; sin utilizar de modo explícito el término “hipótesis de un caso”, ICC-OTP, Report on Preliminary Examinations Activities 2013 ([www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)), párr. 43 y 46.

<sup>24</sup> ICC-OTP, Report on the Activities performed during the first three years (junio 2003-junio 2006), 12 de septiembre de 2006 ([www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)), p. 8; Report on Prosecutorial Strategy, 14 septiembre de 2006 ([www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)), p. 5.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en la situación de Kenia, véase AMBOS/STEGMILLER, “Prosecuting International...”, p. 395.

“sucesivo” por el concepto más flexible de “investigaciones focalizadas”<sup>26</sup>. Este concepto fue reemplazado luego por el “principio de investigaciones exhaustivas, abiertas” y la OF trabaja ahora con “múltiples hipótesis de casos”<sup>27</sup>. Con el abandono del enfoque sucesivo cada investigación pasa a orientarse por los hechos y avances concretos de las subinvestigaciones. En otras palabras, todo enfoque conceptualmente abstracto tiene límites prácticos y, por eso, necesita ser lo suficientemente flexible como para ajustarse a la concreta investigación en curso y a la capacidad global de la OF<sup>28</sup>. Lo mismo vale para la priorización.

Al término de cada caso la Oficina examina si existen otros casos en el marco de la situación que ameritan una investigación –teniendo en cuenta la gravedad y el umbral de admisibilidad del ECPI– o si, más bien, hay que seleccionar una nueva situación<sup>29</sup>. Aquí puede venir en consideración la *distinción entre selección y priorización*, anteriormente mencionada: un investigador o fiscal puede seleccionar ciertos casos y priorizar entre ellos, por ejemplo, de acuerdo con una especial orientación de la investigación. Dicho más concretamente: un fiscal puede seleccionar ciertos casos dentro de una determinada situación y conceder prioridad a los cargos de violencia sexual<sup>30</sup>. Aparte de la priorización de cargos dentro de los casos, también podría requerirse una priorización entre los casos, por ej. priorizar al único sospechoso arrestado antes que a otros aún prófugos. Por supuesto, esto exige, nuevamente, criterios convincentes respecto al porqué se eligen éstos y no otros crímenes.

### 3.3. Gran estrategia y política modesta: ¿Alguna utilidad para la selección y priorización?

Si bien la selección de la situación se produce antes que la selección del caso, los criterios para ello no pueden distinguirse tan nítidamente en la práctica. Como regla general, de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación<sup>31</sup> se sigue que las decisiones de selección no tienen que estar “basadas en motivos no permitidos como, entre otros, raza, color, religión, opinión, origen nacional o étnico”<sup>32</sup>. Por eso se exige al fiscal

<sup>26</sup> ICC-OTP, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 2010 ([www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)), párrs. 2, 3, 15, 18 y s.

<sup>27</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, 2015 ([www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)), párr. 13, 35; id., Strategic Plan 2012-2015, 2013 ([www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)), párr. 4º, p. 23; cfr. también GUARIGLIA/ROGIER, “Selection of Situations and Cases”, en Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, pp. 361-362.

<sup>28</sup> Véase ya *supra* nota 10.

<sup>29</sup> ICC-OTP, *Update on Communications Received by the Prosecutor*, 10 de febrero de 2006 ([https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F596D08D-D810-43A2-99BB-B899B9C5BCD2/277421/OTP\\_Update\\_on\\_Communications\\_10\\_February\\_2006.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F596D08D-D810-43A2-99BB-B899B9C5BCD2/277421/OTP_Update_on_Communications_10_February_2006.pdf)), último acceso, 21 de abril de 2016, pp. 1, 5. Respecto a una posible aplicación del concepto de “terminación” (entendido en el sistema de la estrategia de terminación de los tribunales *ad hoc*) para las situaciones de la CPI, véase EVENSON/SMITH, “Completion, Legacy, and Complementarity”, en Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, pp. 1263 y s.

<sup>30</sup> Véase, sin embargo, crítico sobre la “persecución temática de crímenes sexuales”, AMBOS, “Thematic Investigations and Prosecution of International Sex Crimes: Some Critical Comments from a Theoretical and Comparative Perspective”, en Bergsmo (ed.), *Thematic Prosecution of International Sex Crimes*, Oslo, 2012, 291, pp. 301 y s.

<sup>31</sup> Arts. 21 (3), 67 (1) ECPI.

<sup>32</sup> *Prosecutor v. Delalić et al.*, n° IT-96-21-A, Judgement, párr. 605 (20 de febrero de 2001); véase también *Prosecutor v. Bizimungu et al.*, n° ICTR-2000-56-T, Decision on Defence Motions for Stay of Proceedings and for Adjournment of the Trial, including Reasons in Support of the Chamber’s Oral Ruling delivered on Monday 20 September, párr. 26 (24 September 2004); CÔTÉ, “Independence and Impartiality”, en Reydamas/Wouters/Ryngaert (eds.), *International Prosecutors*, Oxford, 2012, pp. 364, 366-370; DE GUZMÁN/SCHABAS, “Initiation of Investigations and Selection of Cases”, en Sluiter *et al.* (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford, 2013, p. 167.

investigar todos los aspectos de un conflicto sin favorecer ni discriminar a ninguna persona o grupo<sup>33</sup>. Pero, fuera de esas restricciones provenientes de los derechos humanos la persecución es relativamente<sup>34</sup> libre en cuanto al desarrollo de su propia política. La necesidad de integrar esas facultades ampliamente discrecionales en una estrategia de persecución transparente y coherente es reconocida por la cláusula 14 de las Reglas de la OF (RegOF)<sup>35</sup>. Ello obliga a la OF a elaborar su estrategia pública y a utilizar documentos de política que reflejen los principios y criterios básicos de esa estrategia<sup>36</sup>.

La OF elaboró diversos documentos y, luego de un Proyecto de documento de 2006<sup>37</sup>, emitió en 2016 un nuevo "Documento sobre la política de selección y priorización de casos" ("Policy Paper on Case Selection and Prioritisation")<sup>38</sup>. Mientras que el Documento de política de 2003 intentó definir una estrategia general de persecución, resaltando algunas tareas prioritarias<sup>39</sup>, el Documento de política de 2016 se centra en los sospechosos que afrontan la mayor responsabilidad por los crímenes más graves<sup>40</sup> y, por eso, confía a los sistemas nacionales de justicia la tarea de cerrar la laguna de publicidad resultante en cuanto a los criminales de rango medio e inferior<sup>41</sup>.

En el segundo nivel, el principio general rector de "investigaciones y persecuciones focalizadas" es concretado, modificado y ulteriormente desarrollado por cuatro documentos de estrategia que prevén algunas cuestiones estratégicas fundamentales: (i) la Estrategia 2006-2009<sup>42</sup>, (ii) la Estrategia 2009-2012<sup>43</sup>, (iii) la Estrategia 2012-

<sup>33</sup> ICC-OTP, Draft Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 19. Sobre el principio de objetividad, más detalladamente, DE MEESTER, *The Investigation Phase...*, pp. 295 y s. Véase también CÔTÉ, "Independence and Impartiality", p. 370; DE GUZMÁN/SCHABAS, "Initiation of Investigations...", p. 167; véase también MÉGRET, "Accountability and Ethics", en Reydams/Wouters/Ryngaert (eds.), *Prosecutors*, Oxford, 2012, p. 439.

<sup>34</sup> Las limitaciones legales para el poder discrecional del fiscal surgen especialmente del principio de complementariedad.

<sup>35</sup> Véase también n° 17 de las UN *Guidelines on the Role of Prosecutors* ("En países donde los fiscales se encuentran investidos con funciones discrecionales, la ley o las reglas o regulaciones publicadas proveen pautas para incrementar la equidad y consistencia del criterio durante la toma de decisiones en el proceso de persecución, incluyendo la institución o el desistimiento de la persecución").

<sup>36</sup> Un buen ejemplo de ello es ICC-OTP, Policy Paper on Preliminary Examinations, 2015 (www.icc-cpi.int). Éste establece los principios y criterios de los exámenes preliminares (párrs. 1 y s.) y tiene como objetivo promover la transparencia (párr. 14). Véase además el reciente Plan Estratégico de la OF 2016-2018, 2015, *supra* nota 27, especialmente el párr. 36 (respecto al documento de política sobre exámenes preliminares y la identificación y priorización de casos dentro de una investigación formal).

<sup>37</sup> ICC-OTP, Criteria for Selection of Situations and Cases, [inédito] draft policy paper (2006).

<sup>38</sup> ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17.

<sup>39</sup> ICC-OTP, Paper on some Policy Issues before the Office of the Prosecutor, 2003 (www.icc-cpi.int), p. 1.

<sup>40</sup> ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42-44. Como sea, no tendría que confundirse la elección de la política de la OF de limitar las persecuciones a ciertos casos de alto calibre con el umbral de admisibilidad como una barrera legal para llevar ciertos casos, en particular con el umbral de gravedad del art. 17 (1) (d) ECPI; al respecto *infra* secc. 4.

<sup>41</sup> ICC-OTP, Policy Paper, *supra* nota 39, p. 7. De cualquier modo, la OF también podría "decidir perseguir autores de menor rango cuando sus conductas hayan sido particularmente graves o notorias", ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42.

<sup>42</sup> ICC-OTP, Report on Prosecutorial Strategy, *supra* nota 24; sobre el respectivo proyecto de documento véase SEILS, "The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en Bergsmo (ed.), *Criteria*, Oslo 2010, pp. 71-72.

<sup>43</sup> ICC-OTP, Prosecutorial Strategy 2009 -2012, *supra* nota 26; un análisis detallado es realizado por AMBOS/STEGMILLER, "Prosecuting International...", pp. 394-407.

2015<sup>44</sup> y (iv) la Estrategia 2016-2018<sup>45</sup>. En el tercer nivel, el Documento de política de 2016 y muchos otros documentos sobre política de la OF aclaran otros temas clave y criterios políticos relativos a la selección y priorización<sup>46</sup>, tales como los “intereses de la justicia”<sup>47</sup>, la focalización en los sucesos “más representativos de la escala y en el impacto de los crímenes” y en “delitos que tradicionalmente han sido poco perseguidos”<sup>48</sup>, participación de las víctimas<sup>49</sup>, exámenes preliminares<sup>50</sup> y la persecución de delitos sexuales y de género<sup>51</sup>.

En suma, el Documento de política de 2016 de la OF se basa en *documentos de estrategia* que aclaran los objetivos estratégicos de la Oficina por un período de tres a cuatro años así como en *documentos de política* orientados a temas especialmente fundamentales, sobre los cuales la Oficina desea ofrecer mayor claridad y transparencia y que no resultan menos importantes en sí mismos<sup>52</sup>. Los documentos de estrategia son agendas de trabajo vigentes que permiten a la OF evaluar críticamente su estrategia y, de ser necesario, ajustarla a una base regular. Un buen ejemplo de ello es la decisión de la Oficina, ya mencionada arriba, de complementar su abordaje secuencial con uno simultáneo. Al inicio, en concordancia con su focalización en las personas con mayor grado de responsabilidad, la OF adoptaba una perspectiva secuencial investigando los casos de una situación, uno tras otro, y seleccionándolos de acuerdo con su gravedad<sup>53</sup>. Luego de ello, la OF se ha vuelto más flexible y, por ejemplo, en los procedimientos de Kenia realizó investigaciones simultáneas, persiguiendo dos casos al mismo tiempo<sup>54</sup>. Por consiguiente, la Estrategia 2009 –que

<sup>44</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2012-2015, *supra* nota 27.

<sup>45</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, *supra* nota 27.

<sup>46</sup> ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 4, 16. Sobre los principios rectores del proceso de selección por la OF, véase también GUARIGLIA/ROGIER, “Selection of Situations and Cases”, en Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015, pp. 358-359.

<sup>47</sup> ICC-OTP, Policy Paper on the Interests of Justice, 2007 (www.icc-cpi.int). El concepto es mencionado explícitamente en el art. 53 (1)(c) y (2)(c) ECPI.

<sup>48</sup> Regulación 34 (2) RegOF; ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 45-46.

<sup>49</sup> ICC-OTP, Policy Paper on Victims’ Participation, 2010 (www.icc-cpi.int).

<sup>50</sup> ICC-OTP, Report Preliminary Examinations, *supra* nota 23; acerca del respectivo proyecto de documento véase AMBOS/STEGMILLER, “Prosecuting International...”, pp. 397-399; véase también los reportes anuales de la OF sobre actividades de examen preliminar de 2011-2015.

<sup>51</sup> ICC-OTP, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, 2014 (www.icc-cpi.int). Crítico respecto a la práctica que la CPI ha tenido hasta ahora, pero optimista considerando el nuevo rumbo bajo la dirección de la fiscal Bensouda, como resulta evidenciado por el documento de política de la OF, HAYES, “Sexual Violence at the ICC”, en Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015, pp. 801 y s.

<sup>52</sup> ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 1.

<sup>53</sup> ICC-OTP, Policy Paper, 2003, *supra* nota 37, p. 5; para críticas véase HRW, The Selection of Situations and Trial before the International Criminal Court, 26 de octubre de 2006 (www.hrw.org), p. 5 (“implicancias negativas para la percepción de la imparcialidad del fiscal”); AMBOS, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*, Berlin, 2010, p. 38.

<sup>54</sup> Por ejemplo, los casos contra William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang.

se adhiere a la política de las investigaciones focalizadas<sup>55</sup>— ya no contenía explícitamente el criterio secuencial; el nuevo criterio fue confirmado por los planes estratégicos posteriores<sup>56</sup>.

Otro cambio en la estrategia fue introducido por el Plan Estratégico 2012-2015 y confirmado por el Plan Estratégico 2016-2018. Dado que los estándares probatorios adoptados por las Salas de Cuestiones Preliminares para la confirmación de los cargos eran más altos que los esperados por la OF, la Oficina decidió reemplazar la política de investigaciones focalizadas por el “principio de investigaciones exhaustivas y abiertas, aunque conservando el criterio de la concentración”<sup>57</sup>. Este criterio está pensado para hacer posible “una estrategia de aportes gradualmente constructivos”, especialmente en aquellas situaciones en que la OF tiene posibilidades de investigación limitadas, lo cual significa que la OF “investigará y perseguirá primero a un número limitado de autores de rango alto e intermedio para tener al final oportunidades razonables de que se condene a quien posee una mayor responsabilidad”<sup>58</sup>. Dependiendo de la evidencia disponible, la OF considera incluso la posibilidad de limitarse a la persecución de los autores de rango inferior que hubieran cometido delitos particularmente graves y notorios, en lugar de iniciar procedimientos contra personas que poseen una mayor responsabilidad pero con dudosas perspectivas de éxito<sup>59</sup>. El objetivo era estar “listo para el juicio” tan pronto como fuese posible y en cualquier caso no después de la etapa de confirmación de los procedimientos<sup>60</sup>.

Si bien estos ejemplos muestran que cierta flexibilidad es útil e incluso necesaria para que se pueda reaccionar a los cambios legales o jurisprudenciales<sup>61</sup>, el actual criterio de abordaje de la OF, aunque ha sido aprobado por el más reciente documento de estrategia y por el Documento de política de 2016<sup>62</sup>, carece aún de una estrategia general o

<sup>55</sup> ICC-OTP, Prosecutorial Strategy 2009 -2012, *supra* nota 26.

<sup>56</sup> *Supra* nota 44.

<sup>57</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2012-2015, *supra* nota 27, párr. 4, 23; también ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, *supra* nota 27, párr. 34; ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42.

<sup>58</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2012 -2015, *supra* nota 27, párr. 22; también ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, *supra* nota 27, párr. 34; con referencia al último Plan Estratégico ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42 (“Con el fin de llevar a cabo una investigación objetiva y abierta, la Oficina se centrará primero en el crimen básico para identificar las organizaciones (incluyendo sus estructuras) y los individuos presuntamente responsables de su comisión. Esto podría implicar la necesidad de considerar la investigación y persecución de un número limitado de autores de rango intermedio o alto para construir los fundamentos probatorios del caso(s) contra aquellos que tienen mayor responsabilidad”).

<sup>59</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2012-2015, *supra* nota 27, párr. 22; respecto al último Plan Estratégico ICC-OTP, Strategic Plan 2016 -2018, *supra* nota 27, párr. 34; ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42 *in fine* (“La Oficina también podría decidir perseguir autores de menor rango cuando sus conductas hayan sido especialmente graves o notorias”).

<sup>60</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2012-2015, *supra* nota 27, párr. 3, 4, 18, 23; también ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, *supra* nota 27, párr. 34.

<sup>61</sup> Véase también GOLDSTON, “More Candour about Criteria”, *JICJ*, 8 (2010), p. 403.

<sup>62</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, *supra* nota 27, párr. 1, 13 y s. (argumentando que los mejores resultados, especialmente en términos de confirmación de cargos, demuestran que el cambio en la estrategia ha sido apropiada y exitosa); ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 1, 4.

global<sup>63</sup>. Por ejemplo, el Plan Estratégico 2012-2015 enfatiza la priorización de los crímenes sexuales o por razones de género y los crímenes en contra de niños<sup>64</sup>. No obstante, si bien no se discute que esos crímenes deberían ser investigados a fondo, sin embargo, ni el Plan Estratégico ni el Documento de Política de 2003, como tampoco el Documento de Política sobre crímenes sexuales o por razones de género de 2014<sup>65</sup>, ni el reciente Documento de política de 2016 ofrecen alguna razón de *por qué* estos crímenes deben priorizarse en lugar de otros. El Documento de política de 2016 tampoco explica el fundamento subyacente, si es que existe alguno, de esa política de priorización<sup>66</sup>. Además de ello, los "Criterios de priorización de casos"<sup>67</sup> previstos en el Documento de política de 2016 no están a la altura de las expectativas, puesto que la OF se satisface con la combinación de la referencia a "los mismos factores que guían la selección de casos", de naturaleza genérica, y a los denominados "criterios operativos", como la disponibilidad de la evidencia, la cooperación internacional y los recursos de la Oficina<sup>68</sup>. Además de aquéllos, también podrían servir como criterios importantes para la priorización la clase y la naturaleza del crimen, así como la alarma social causada por éste. Mientras que el primero de éstos puede tener importancia para la gravedad como requisito de selección (y consiguiente priorización) del caso<sup>69</sup>, la alarma social causada por el crimen fue rechazada como factor de gravedad por la Sala de Apelaciones de la CPI (véase abajo); de cualquier modo, esto podría estar ya comprendido en el criterio operativo referido al "potencial impacto de investigaciones y de persecuciones respecto de crímenes futuros o en curso y/o su contribución a la prevención de crímenes"<sup>70</sup>, lo que podría servir para reflejar la función expresiva de la investigación de un determinado caso. Por supuesto, asumiendo una perspectiva universal podría argumentarse que el extendido deseo público de una reacción penal contra ciertos crímenes especialmente reprochables, se satisface por un cierto período de tiempo una vez que tales crímenes, por ejemplo, el reclutamiento de niños o crímenes sexuales, han sido perseguidos y juzgados. Este elemento de *ratione materiae* podría ser complementado con la ayuda de otros factores, como el impacto de la priorización en un determinado contexto nacional. Por eso, este último concepto es un importante criterio normativo de selección y priorización.

<sup>63</sup> Críticamente también HRW, ICC: Case Selection leaves Unfinished Business, 2011 (www.hrw.org), pp. 46-47.

<sup>64</sup> ICC-OTP, Strategic Plan 2012 -2015, *supra* nota 27, párr. 58-63; también ICC-OTP, Strategic Plan 2016 -2018, *supra* nota 27, párr. 37 ("Al priorizar investigaciones, la Oficina continuará prestando especial atención a la persecución de específicas formas de crimen. En concordancia con la política SGBC [Sexual and Gender Based Crimes], la Oficina se ha comprometido a centrarse en especial en la investigación y persecución de SGBC").

<sup>65</sup> ICC-OTP, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, *supra* nota 51, párr. 7 (enfaticando que los "cargos por crímenes sexuales y basados en el género son presentados siempre que haya suficiente evidencia para sostener tales cargos").

<sup>66</sup> Véase por ejemplo la justificación filosófica de la priorización de crímenes sexuales en DE GUZMÁN, "Giving Priority to Sex Crime Prosecutions", *ICLR*, 11 (2011), p. 515; DE GUZMÁN, "An Expressive Rationale for the Thematic Prosecution of Sex Crimes", en Bergsmo (ed.), *Thematic Prosecution*, Oslo, 2012, p. 11.

<sup>67</sup> ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 47-55.

<sup>68</sup> Ídem, párr. 50.

<sup>69</sup> Ídem, párrs. 35-41 e *infra* secc. 4.

<sup>70</sup> Ídem, párr. 50 lit. d.

Sea como fuere, el Documento de política de 2016 de la OF tiene que ser contrastado con las exigencias de la Regla 14 RegOF, lo cual requiere de una estrategia de persecución general y coherente contenida en un documento básico que sirva de orientación general. Un documento principal con los objetivos globales específicos o generales de una estrategia de persecución es relevante, pues indica la dirección general de la OF no sólo al público interesado sino también al personal que trabaja en ella. Además, resulta más práctico tener la estrategia general en un solo documento en lugar de que ésta se encuentre en varios documentos, elaborados en distintos momentos y orientados a temas diferentes. Sólo un documento básico puede establecer un *leitmotiv* a partir del cual es posible desarrollar estrategias focalizadas y sobre la base del cual realizar reflexiones periódicas<sup>71</sup>. El Documento de Política de 2003 (aunque irrestricto en términos de tiempo) no pudo cumplir adecuadamente esa función pues era demasiado general como para brindar una orientación significativa y al final estaba parcialmente anulado por el actual Plan Estratégico<sup>72</sup>. Ciertamente el Documento de política de 2016 se esfuerza en brindar directrices más concretas. Sin embargo, debido a su redacción a veces vaga y deliberadamente indeterminada no es posible superar la generalidad del Documento de política de 2003. Por supuesto, también existen argumentos contra el abordaje global implícito en un documento básico o, incluso, contra la posibilidad misma de elaborar razonablemente un documento de ese tipo. Las dinámicas de los crímenes, investigaciones y mecanismos jurisdiccionales convierten en algo difícil, si no imposible, la formulación de una estrategia general de índole global y sería que no recurra a generalidades y obviedades. La Corte no posee el dominio total de sus investigaciones, nuevas situaciones criminales podrían surgir cada día y podrían serle remitidas por los Estados o por el Consejo de Seguridad. Dada esta volatilidad de la carga de casos o situaciones de la Corte, parece más prudente la elaboración de estrategias generales, pero sólo por períodos de tiempo limitados.

### 3.4. Gravedad y selección

Una situación que no supere el umbral de gravedad conforme al art. 17(1) (d) ECPI no será investigada por el fiscal. Esto constituye una selección negativa. De hecho, los factores que de acuerdo con la OF determinan la gravedad –“escala, naturaleza, forma de comisión e impacto”<sup>73</sup>– podrían servir al mismo tiempo como criterios de selec-

<sup>71</sup> AMBOS/STEGMILLER, “Prosecuting International...”, p. 394.

<sup>72</sup> Véase el cambio de la política de investigaciones focalizadas por el principio de investigaciones exhaustivas, abiertas como se ha descrito arriba, *supra* nota 57 y el texto correspondiente.

<sup>73</sup> Regulación 29(2) RegOF; ICC-OTP, Policy Paper Preliminary Examinations, *supra* nota 36, párrs. 9, 59 y s.; ICC-OTP, Report Preliminary Examinations, 2015 (www.icc-cpi.int), párr. 7. Véase previamente ICC-OTP, Prosecutorial Strategy 2009-2012, *supra* nota 26, párr. 20; ICC-OTP, Report on Activities, 12 de septiembre de 2006, *supra* nota 24, p. 6 e ICC-OTP, Report Prosecutorial Strategy, 2006, *supra* nota 24, p. 5. Ver también SEILS, “The Selection...”, p. 57; para una discusión crítica, KONTOROVICH, “When Gravity Fails: Israeli Settlements and Admissibility at the ICC”, *Israel Law Review (IsLR)* 47 (2014), pp. 387 y s.; sobre la discrecionalidad resultante de la OF, ver ROHRER, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim Internationalen Strafgerichtshof*, Köln, 2010, pp. 234 y s. Para una valoración empírica de la selección de situaciones de la OF con referencia a su gravedad, véase SMEULERS/WEERDESTEIJN/HOLA, “The Selection of Situations by the ICC”, pp. 1 y s. (concluyendo, sobre la base del análisis de los datos secundarios sobre violencia y violaciones de derechos humanos, que “la Fiscalía se está enfocando por lo general en las situaciones más graves en las que presuntamente se han cometido crímenes” [1, 35-6, 38] pero admitiendo al mismo tiempo la existencia de limitaciones intrínsecas del criterio de abordaje, especialmente del enfoque en situaciones

ción<sup>74</sup>. Recientemente, la OF ha complementado con consideraciones cualitativas su anterior criterio de abordaje puramente cuantitativo de la gravedad<sup>75</sup>. La jurisprudencia no tiene un criterio fijo sobre la gravedad. La propuesta de diversos factores realizada por la Sala de Cuestiones Preliminares Lubanga, bastante similar a la de la OF<sup>76</sup>, fue rechazada por la Sala de Apelaciones<sup>77</sup>. Ésta sostuvo que el test de gravedad de la Sala de Cuestiones Preliminares era deficiente y que por eso constituía un error de derecho<sup>78</sup>. En particular, respecto al criterio de la alarma social, la Sala sostuvo que ello no tenía fundamento en el Estatuto y que además politizaría la determinación de la gravedad al apoyarse en “reacciones subjetivas y contingentes frente a los crímenes antes que en su gravedad objetiva”<sup>79</sup>. Además de ello, en cuanto al estatus y rol del sospechoso –un criterio usado por la OF sólo como un factor adicional con respecto a su enfoque en los “más responsables”<sup>80</sup>–, la Sala indicó correctamente que la “exclusión previsible de muchos autores” por tales razones “podría dificultar severamente el rol preventivo o disuasivo de la Corte...”<sup>81</sup> Sin embargo, la Sala no propuso un test alternativo<sup>82</sup>.

extensas de países, lo que difiere del abordaje de la OF consistente en situaciones y casos potenciales más limitados [36-38]; el enfoque en situaciones extensas de países tampoco da cuenta de la selección de casos –procedimentalmente más relevante– en el marco de una situación existente.

<sup>74</sup> Respecto a la gravedad en sentido amplio como concepto para guiar el ejercicio de la discrecionalidad en la persecución con respecto a la identificación y priorización de casos, RASTAN, “Complementarity: Contest or Collaboration?”, en Bergsmo (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Oslo, 2010, pp. 83, 97.

<sup>75</sup> ICC-OTP, Policy Paper Preliminary Examinations, 2013, *supra* nota 36, párr. 61; véase también ICC-OTP, Situation in Mali - Article 53 Report, 2013 ([www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)), párr. 143.

<sup>76</sup> Cf. *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, n° ICC-01/04 -02/06-20-Anx2, párrs. 29, 42, 46, 50-4, 63 (donde se propone como algunos criterios abstractos respecto a un caso la naturaleza y el impacto social [“alarma social”] de los crímenes [¿sistemáticos o a gran escala?], la forma de comisión [por ej. la especial brutalidad o crueldad] y el estatus y rol de los presuntos autores [¿son ellos los que tienen la mayor responsabilidad?]); crítico, BOAS *et al.* (eds.), *International Criminal Procedure*, Cambridge, 2011, p. 84.

<sup>77</sup> *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-169, Judgment on the Prosecutor’s Appeal against the Decision of PTCI entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrant of Arrest, Article 58”, párr. 54-82 (espec. 68-82) (13 de julio de 2006), reclasificado como público el 23 de septiembre de 2009; respecto a *Prosecutor v. Al Bashir*, n° ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, párr. 48 con nota 51 (4 de marzo de 2009); para un análisis, véase STEGMILLER, *The Pre-Investigation Stage of the ICC: Criteria for Situation Selection*, Berlin, 2011, pp. 322 y s., 335-336.

<sup>78</sup> *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-169, párr. 82. Sobre el respectivo estándar según el art. 81(1)(a)-(iii) ECPI véase STAKER/ECKELMANS, “Article 81”, en Triffterer/Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München, 2016, nn. 34 y s.

<sup>79</sup> *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-169, párr. 72.

<sup>80</sup> Véase *supra* nota 58; ver también previamente GUARIGLIA, “The Selection of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court”, en Stahn *et al.* (eds.), *Emerging Practice*, Leiden, 2009, pp. 214-215; SCHABAS, “Prosecutorial Discretion and Gravity”, en Stahn *et al.* (eds.), *Emerging Practice*, p. 243; quien exige flexibilidad en la aplicación de ese criterio WCRO, “The Gravity Threshold of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 23 (2008), pp. 43-51 (esp. 50-51); de modo similar, SEILS, “The Selection...”, p. 56.

<sup>81</sup> *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-169, párr. 75. Véase también SEILS, “The Selection...”, p. 56.

<sup>82</sup> Crít. respecto a la Sala de Apelaciones por esa razón y en general por su abordaje demasiado estricto SCHABAS/EL ZEIDY, “Article 17”, en Triffterer/Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, nn. 30. El juez Pikis, en su opinión individual y parcialmente divergente, intentó determinar

En los procedimientos de Kenia, quizá la más profunda decisión posterior de la Sala de Cuestiones Preliminares, la gravedad fue valorada “con el marco de un potencial caso en el contexto de una situación” y, por eso, se analizó si el sospechoso “posee la mayor responsabilidad” (*sic!*) y la gravedad de los respectivos crímenes, orientada por factores como la escala, naturaleza, forma de comisión, impacto de los crímenes cometidos sobre las víctimas y la existencia de circunstancias agravantes...”<sup>83</sup>. En su decisión de confirmación, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó explícitamente el test de la Sala de Cuestiones Preliminares Lubanga<sup>84</sup>, así como el argumento de la defensa consistente en que sólo existe una suficiente gravedad en casos de una conducta activa o de autoría directa<sup>85</sup>. Como factores positivos a ser tomados en cuenta para la determinación de una suficiente gravedad la Sala hace referencia a la (sentencia) Regla 145(1)(c) RPE CPI y cita, a modo de ejemplo, la “escala, naturaleza y forma de comisión de los crímenes imputados, su impacto sobre las víctimas, y la existencia de eventuales circunstancias agravantes”<sup>86</sup>. Con esto, la Sala no sólo confirma los criterios de la OF, sino que además coloca a la gravedad como un criterio esencial (“prueba decisiva”) en el contexto de la sentencia<sup>87</sup> y en el mismo nivel, desde una perspectiva conceptual, que el que tiene la gravedad como criterio de admisibilidad. En otras palabras, existe un *concepto uniforme de gravedad*, igualmente válido antes de la investigación (admisibilidad) y en la etapa de sentencia del procedimiento. A su vez, esto significa que la variada jurisprudencia del TPIY, TPIR y TESL sobre la gravedad en la sentencia<sup>88</sup>, aunque no es formalmente vinculante para la CPI, podría proveer de importantes elementos para un concepto general de gravedad.

En suma, si bien toda decisión depende al final de las circunstancias concretas de la situación o del respectivo caso, sin embargo resulta evidente que las consideraciones cualitativas anteriormente mencionadas, por ejemplo, la naturaleza del conflicto subyacente y el estatus de los sospechosos, podrían tener mayor relevancia que una valoración cuantitativa, lo que, por otro lado, implicaría el rechazo de una gravedad suficiente<sup>89</sup>.

---

la gravedad sin proponer, de cualquier modo, un test concreto (*Prosecutor v Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-169, Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis, párr. 38-41). El juez Pikis se centra en el significado ordinario del término, entendiéndolo como “relevancia” (párr. 39) y excluyendo los casos “que no merecen ser considerados” por la Corte, es decir, casos que resultan “insignificantes en sí mismos; cuando la responsabilidad criminal del imputado resulta totalmente marginal; casos límites” (párr. 40) y considera que un crimen es insignificante cuando “los actos constitutivos del crimen resultan completamente periféricos respecto a los objetivos legales de la criminalización de la conducta” (párr. 40).

<sup>83</sup> *Situation in Kenya*, n° ICC-01/09-19, PTC Decision pursuant to Article 15, párr. 188; afirmando la gravedad en los párrs. 198-200 (31 de marzo 2010).

<sup>84</sup> *Prosecutor v. Kirimi Muthaura, Muigai Kenyatta and Hussein Ali*, n° ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 44 (23 de enero de 2012).

<sup>85</sup> *Prosecutor v. Kirimi Muthaura, Muigai Kenyatta and Hussein Ali*, n° ICC-01/09-02/11-382-Red, párr. 46, 47.

<sup>86</sup> *Idem*, párr. 50.

<sup>87</sup> Véase AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol II: *The Crimes and Sentencing*, Oxford, 2014, pp. 291 y s.

<sup>88</sup> *Idem*, pp. 291-292, sobre la jurisprudencia; sobre la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en detalle también STEGMILLER, *The Pre-Investigation Stage...* pp. 341-349.

<sup>89</sup> Sobre esta base, afirmando la gravedad en la situación Reino Unido/Irak, SCHABAS/EL ZEIDY, “Article 17”, nm. 30. Esas consideraciones (ampliamente) cualitativas podrían también influenciar la evaluación de la gravedad de los crímenes cometidos en los territorios palestinos ocupados, incluyendo el (posible) crimen de traslado previsto en el art. 8(2)(b)(viii) ECPI; ellas son minimizadas por KONTOROVICH, “When Gravity Fails...”, pp. 388-390, 391-392.