

# Estudio sobre la práctica de la Corte Penal Internacional en materia de Investigaciones preliminares a la luz de la reciente remisión de la Unión de Comores

*Analysis of the Practice of the Penal International Criminal Court on Preliminary Examinations in the Light of the recent Referral made by the Union of Comores*

RECIBIDO EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2013 / ACEPTADO EL 14 DE OCTUBRE DE 2013

**Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ**

Profesor ayudante de Derecho internacional  
Universidad de Murcia  
jjpiernas@um.es

**Resumen:** Este trabajo analiza el funcionamiento y la práctica reciente del sistema de exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional a la luz de la referencia hecha por la Unión de las Comoras en relación con el abordaje de la llamada Flotilla de la Libertad por parte de Israel. El trabajo también pretende evaluar, en base a la práctica de la Corte y la opinión de los comentaristas, la probabilidad de que la remisión de la Unión de Comoras contra Israel se declarara admisible.

**Palabras clave:** abordaje; Corte Penal Internacional; examen preliminar; admisibilidad.

**Abstract:** This paper analyzes the functioning and recent practice of the preliminary examinations system of the International Criminal Court in light of the referral made by the Union of Comoros in relation to boarding of the so-called Freedom Flotilla by Israel. The work also aims to evaluate, based on the practice of the Court and on the opinion of commentators, the likelihood of the referral of the Union of Comoros against Israel be declared admissible.

**Key words:** boarding; International Criminal Court; preliminary examination; eligibility.

**Résumé:** Cet article analyse le fonctionnement et la pratique récente du système d'examen préliminaire de la Cour pénale internationale à la lumière du renvoi faite par l'Union des Comores pour l'abordage de la soi-disant flottille de la liberté par Israël. Le travail vise aussi à évaluer, sur la base de la pratique et de l'opinion de la doctrine, les chances de que la remission de l'Union des Comores à l'encontre d'Israël soit déclarée recevable.

**Mots clés:** Abordage; Cour pénale internationale; examen préliminaire; recevabilité.

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DE LA CPI. 1. Inicio. 2. Competencia. 3. Admisibilidad. (i) Complementariedad. (ii) Gravedad. 4. El interés de la justicia. III. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS A LA REMISIÓN DE LA UNIÓN DE COMORES RELATIVA AL ABORDAJE DE LA FLOTILLA DE LA LIBERTAD. 1. Inicio. 2. Competencia. 3. Admisibilidad. (i) Complementariedad. (ii) Gravedad. 4. El interés de la justicia. IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 14 de mayo de 2013 la oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional (en adelante también «CPI») recibió una remisión del Gobierno de Unión de Comores (en adelante también «Comores»), Estado Parte del Estatuto de Roma (en adelante también «el Estatuto»), 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 el presente. 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*» (cursiva añadida)

Este trabajo pretende utilizar la remisión de Comores como vehículo para analizar el funcionamiento del sistema de investigaciones preliminares de la CPI a la luz de la práctica establecida en los últimos años. El trabajo pretende igualmente evaluar, con base en dicha práctica y en la opinión de la doctrina, las posibilidades de éxito de la remisión de la Unión de Comores en contra de Israel.

## II. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DE LA CPI

### 1. *Inicio*

Las investigaciones preliminares pueden comenzar por tres vías. La primera, por decisión del Fiscal «sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte» (art. 15). Esta información puede ser enviada por particulares, Estados, ONGs, organizaciones internacionales etc. La segunda vía, con base en el artículo 14 del Estatuto, consiste en una remisión

al Fiscal de una situación considerada competencia de la Corte por parte de un Estado Parte (esta ha sido la vía elegida por Comores). Por último, la tercera vía consiste en una remisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con arreglo al Capítulo VII de la Carta de conformidad con lo previsto por el artículo 13 (b) del Estatuto<sup>1</sup>.

Una vez recibida, por cualquiera de estas vías, información relativa a la posible comisión de crímenes previstos por el Estatuto, el Fiscal actuará según lo previsto por el artículo 53 del Estatuto. En virtud de este artículo «El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares».

El Fiscal analizará pues (i) la competencia de la Corte (temporal, material, territorial o personal), (ii) la admisibilidad de la remisión, y (iii) el «interés de la justicia» en proceder o no con la investigación. En la próxima sección analizaremos en detalle cada uno de estos pasos. Conviene subrayar previamente que según la oficina del Fiscal, éste analizará de la misma manera la información que le ha sido comunicada o remitida con independencia de si el remitente es una ONG, un Estado o el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Así, en el denominado Draft Policy Paper on Preliminary Examinations (en adelante también «el proyecto de comunicación»), publicado por la Oficina del Fiscal el 4 de octubre de 2010, se dispone lo siguiente:

«As required by the Statute, the Office's preliminary examination activities will be conducted in the same manner irrespective of whether the Office

<sup>1</sup> Estatuto de Roma, artículo 13(b): «La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si [...] El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes»

receives a referral from a State Party or the Security Council or acts on the basis of information of crimes obtained pursuant to article 15. In all circumstances, the Office will analyse the seriousness of the information received and may seek additional information from States, organs of the United Nations, intergovernmental and non-governmental organizations and other reliable sources that are deemed appropriate. The Office may also receive oral testimony at the seat of the Court»<sup>2</sup>.

Sin embargo, si bien es cierto que la Oficina del Fiscal se compromete a investigar de igual modo la información recibida con independencia de la forma en la que ésta haya llegado al Fiscal, la doctrina ha señalado, con base en el Estatuto y en la información publicada por la propia Oficina del Fiscal, que el umbral requerido para iniciar una investigación es distinto en función de que la información haya sido remitida (por un Estado Parte o por el Fiscal) o comunicada, de forma que sea el Fiscal quien deba iniciar *motu proprio* la investigación. Así

«as regards the threshold to initiate an investigation, the policy of the OTP differentiates between referrals (by a State Party or the Security Council) and Prosecutor's proprio motu authority pursuant to the provisions of article 15 of the Statute (based on analyzing the 'communications'): in the first case the Prosecutor is, according to the OTP, obliged to initiate and investigation, unless 'he determines that there is no reasonable basis to proceed' (article 53 para. 1), whereas in the latter case, the Prosecutor is obliged to do further steps towards the investigation only if he concludes that 'there is a reasonable basis to proceed' (article 15 para. 3)»<sup>3</sup>.

En efecto, del artículo 15 del Estatuto, relativo a investigaciones motu proprio del Fiscal basadas en información recibida mediante comunicaciones, se desprende que el Fiscal actuará sólo en el caso de que «llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación». Sin embargo lo contrario parece lo correcto en el caso de informaciones recibidas mediante remisiones, bien de Estados Parte, bien del Consejo de Seguridad, a las que hace referencia el artículo 53(1), para las cuales el Fiscal parece obli-

<sup>2</sup> Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, publicado por la Oficina del Fiscal el 4 octubre de 2010 en La Haya (en adelante «draft policy paper»), apartado 12.

<sup>3</sup> Véase CABAN, P., «Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court», *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, vol. 2 (2011), publicado online el 9 de noviembre de 2011, p. 203.

gado según ese artículo a investigar la información remitida salvo que determine que no existe fundamento razonable para ello. En efecto, según el artículo 53(1) el Fiscal «iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto». Esta distinción ha sido avalada por la doctrina más autorizada y por la propia oficina del Fiscal<sup>4</sup>.

En el caso objeto de nuestro análisis la remisión de Comores ha sido realizada por un Estado Parte de conformidad con los artículos 12, 13 y 14 por lo que la investigación del Fiscal estará regida, a la luz de lo expuesto, por el umbral previsto por el artículo 53.1 del Estatuto, esto es, el Fiscal deberá iniciar la investigación salvo que considere que no existe fundamento razonable para ello.

## 2. Competencia

Como se ha expuesto, los apartados a) a c) del artículo 53 del Estatuto establecen el procedimiento a seguir una vez que, por cualquiera de las vías descritas, el Fiscal ha tenido noticia de una «situación» en el sentido de los artículos 13 y 14. El Fiscal deberá, en primer lugar, analizar (i) la competencia de la Corte (temporal, material, territorial o personal), (ii) la admisibilidad de la remisión (con base en los criterios de complementariedad y gravedad), y (iii) el «interés de la justicia» en proceder o no con la investigación.

La competencia *ratione temporis* viene generalmente determinada por la fecha de entrada en vigor del Estatuto, a saber, el 1 de julio de 2002. Los hechos objeto de investigación deberán ser posteriores a esta fecha. Excepcionalmente, esta competencia puede ser determinada por la fecha de entrada en vigor del Estatuto para un Estado que lo haya ratificado con posterioridad al 1 de julio de 2002, por la fecha de la remisión efectuada por el Consejo de

<sup>4</sup> Véase el Anexo al «Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor: Referrals and Communications», September 2003, p. 1 and 2: «There are however important procedural differences between referrals and communications. Where the Prosecutor receives a referral, Article 53 provides that the Prosecutor shall initiate an investigation unless he determines that there is no reasonable basis to proceed under the Statute... When the Prosecutor receives a communication, the test is the same but the starting point is reversed: the Prosecutor shall not seek to initiate an investigation unless he first concludes that there is a reasonable basis to proceed» y la opinión del professor Schabas en SCHABAS, W., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, p. 659, ambas referencias recogidas por CABAN, P., «Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court», cit., nota 11.

Seguridad de conformidad con el artículo 13(b) del Estatuto, o bien la prevista en una declaración de aceptación de la competencia de la Corte con arreglo al artículo 12(3) del Estatuto.

La competencia *ratione materiae* viene determinada por la comisión de uno de los crímenes previstos por el artículo 5 del Estatuto, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, o agresión<sup>5</sup>. Por otra parte, la competencia *ratione loci* o *ratione personae* de la Corte viene determinada porque el crimen en cuestión se llevó a cabo en el territorio o por un nacional de un Estado Parte o de un Estado no Parte que haya presentado una declaración de aceptación de la competencia de la Corte. Esta competencia puede también provenir de lo previsto en una remisión del Consejo de Seguridad.

### 3. Admisibilidad

En segundo lugar, una vez que el Fiscal ha determinado la competencia de la Corte<sup>6</sup>, procede el estudio de la admisibilidad de la remisión con base en los dos criterios a los que hace referencia el artículo 17 del Estatuto, a saber, la complementariedad y la gravedad.

#### 3.1. Complementariedad

En relación con el análisis de complementariedad, se trata de una premisa fundamental para la admisibilidad de una remisión habida cuenta de que tanto el preámbulo como el primer artículo del Estatuto subrayan que la ju-

<sup>5</sup> Este crimen, a diferencia del resto de los previstos por el artículo 5, no fue definido por el Estatuto de Roma y, por tanto, la Corte no puede ejercer jurisdicción sobre el mismo. No obstante, como es sabido, en la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma llevada a cabo en Kampala en 2010 se aprobaron una serie de enmiendas al Estatuto de Roma, destinadas a definir y activar la jurisdicción de la Corte relativa a este crimen. El artículo 8 bis del Estatuto aprobado en Kampala recoge una definición de agresión. En cualquier caso, con arreglo a lo acordado en Kampala la Corte no podrá conocer de casos relativos a este crimen hasta el 1 de enero de 2017 una vez que los Estados hayan adoptado la decisión de activar la jurisdicción de la Corte.

<sup>6</sup> Véase en cuanto al orden el que procede la Oficina del Fiscal por ejemplo la Carta del Fiscal por la que rechaza investigar los hechos denunciados ocurridos en Irak: «I am required to consider three factors. 1 First, I must consider whether the available information provides a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been or is being committed. *Where this requirement is satisfied* I must then consider admissibility before the Court, in light of the requirements relating to gravity and complementarity with national proceedings. Third, if these factors are positive, I must give consideration to the interests of justice» (cursiva añadida). Carta enviada por el Fiscal el 9 de febrero de 2006.

jurisdicción de la Corte «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». De conformidad con el artículo 17 del Estatuto, la Corte no podrá conocer de un asunto que esté siendo investigado o enjuiciado por un Estado que tenga jurisdicción sobre el mismo.

A este respecto, el proyecto de comunicación sobre investigaciones preliminares aporta más luz en relación con este criterio al afirmar que el Fiscal estará particularmente vigilante respecto de la existencia de investigaciones encaminadas a juzgar la participación de los principales responsables de crímenes cometidos y de la autenticidad de las mismas. En los términos utilizados por la comunicación

«Complementarity involves an examination of the existence of relevant national proceedings in relation to the potential cases being considered for investigation by the Office, taking in consideration the Office's policy to focus on those who appear to bear the greatest responsibility for the most serious crimes. Where relevant domestic investigations or prosecutions exist, the Prosecution will assess their genuineness»<sup>7</sup>.

La primera pregunta que debe formularse en sede de complementariedad es, según la Oficina del Fiscal, empírica y consiste en determinar si hay, o ha habido, investigaciones o enjuiciamientos nacionales relevantes<sup>8</sup>. La ausencia de procedimientos o, dicho de otro modo, la inactividad de las autoridades nacionales puede ser suficiente para declarar una remisión admisible desde el punto de vista de la complementariedad<sup>9</sup>. 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 Fiscal<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, publicado por la Oficina del Fiscal el 4 octubre de 2010 en La Haya (en adelante «draft policy paper»), apartado 8.

<sup>8</sup> Draft Policy Paper, apartado 55.

<sup>9</sup> *Ibid.* Véase también la referencia citada a este respecto por la comunicación: Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, sentencia sobre la apelación del Sr. Germain contra la decisión oral de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 12 de junio de 2009 en relación con la causa, ICC\_01/04\_01/07\_1497, de 25 de septiembre de 2009, apartado 78.

<sup>10</sup> SCHABAS, W.A., *An introduction to the International Criminal Court*, 4<sup>th</sup> ed., 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».

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 «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 ahora la práctica totalidad de los investigados por la Corte. La actitud de la Oficina del Fiscal ante estos casos ha sido la de estar abierta al diálogo con las autoridades nacionales para buscar la mejor solución para que los responsables sean juzgados de un modo efectivo. La Oficina del Fiscal, en su comunicación de 2010, hace referencia a esta idea como parte del concepto de complementariedad positiva (positive complementarity) en los siguientes términos:

«In some circumstances, the Office and the State concerned may agree that ICC proceedings are the most effective way to advance the aims of the preamble, and thus enter into ‘burden sharing’, with the Court prosecuting the persons most responsible for the most serious crimes»<sup>11</sup>.

En uno de estos casos, remitido por el gobierno de La República Democrática del Congo contra uno de sus súbditos (self-referral), el Sr. Lubanga, primer condenado por la Corte Penal Internacional, la Sala de Cuestiones Preliminares precisó que inactividad no significa que no haya ninguna instrucción nacional en curso por crímenes previstos por el Estatuto sino que no la haya por los mismos crímenes por los que el Fiscal haya decidido imputar a un determinado responsable. En los términos de la Sala de Cuestiones Preliminares «for a case arising from the investigation of a situation to be inadmissible, national proceedings must encompass both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court»<sup>12</sup>.

En el caso de Lubanga, éste había sido arrestado en La República Democrática del Congo en relación con graves cargos como genocidio y crímenes de lesa humanidad (ambos previstos por el artículo 5 del Estatuto). No obstante, la Sala de Cuestiones Preliminares aceptó la remisión de este Estado no por estos crímenes sino por el cargo de reclutamiento de niños soldado, un crimen

<sup>11</sup> Draft Policy Paper, apartado 95. Véase también CABAN, P., «Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court», cit., pp. 204-205.

<sup>12</sup> Fiscal c. Lubanga, Asunto n° ICC-01/04-01/06-8, Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de detención, 24 de febrero 2006, apartado 37.

de guerra previsto por los artículos 5 y 8 del Estatuto. El Zeidy ha observado, acertadamente en nuestra opinión, que lo que se denota del párrafo anterior no es tanto la incapacidad del sistema nacional para juzgar los crímenes en cuestión sino simplemente 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, ser juzgado en su país<sup>13</sup>.

Si, por el contrario, ha habido procedimientos o investigaciones nacionales, la oficina del Fiscal analizará, de conformidad con el Estatuto, si existe falta de disposición o incapacidad para juzgar a los responsables<sup>14</sup>. La falta de disposición podrá ser acreditada mediante prueba de que el Estado en cuestión protege a los presuntos responsables de los crímenes objeto de la investigación para evadir su responsabilidad penal. Pruebas de este tipo pueden ir desde ignorar pruebas de cargo contra los principales responsables, intimidar a víctimas o testigos, dilatar excesivamente el procedimiento sin justificación objetiva para ello, a establecer la falta de independencia o imparcialidad de la investigación<sup>15</sup>.

En relación con la independencia, la Oficina del Fiscal destaca los siguientes como indicadores de la ausencia de la misma, la presunta implicación del aparato del Estado, incluidos los responsables de la ley y el orden en la comisión de los presuntos delitos, el grado en el que el nombramiento y cese de investigadores, fiscales y jueces relativos a la investigación ha podido afec-

<sup>13</sup> EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers and vsp, 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».

<sup>14</sup> Draft Policy Paper, apartado 56.

<sup>15</sup> Id. apartados 58-63.

tar las necesarias garantías de un proceso justo, la aplicación de un régimen de inmunidad y fuero de los presuntos autores, la interferencia política en la investigación, procesamiento y juicio, o la corrupción de los investigadores, fiscales y jueces<sup>16</sup>.

Por último, en relación con la falta de imparcialidad, la Oficina del Fiscal utiliza indicadores como los siguientes, a saber, los vínculos entre los presuntos autores y las autoridades competentes responsables de la investigación, el procesamiento y/o juicio de los delitos, las declaraciones públicas, premios, sanciones, ascensos o degradaciones, despidos o represalias en relación con los investigadores, la acusación o los jueces encargados del procedimiento nacional<sup>17</sup>.

Para terminar con este criterio, pese a lo que cabía esperar originalmente, el criterio de complementariedad ha tenido menos relevancia y ha sido menos controvertido de lo esperado debido al protagonismo de las remisiones efectuadas por el propio Estado que debía investigar los hechos controvertidos (self-referrals). Así, como ha afirmado un conocido estudioso de la Corte Penal Internacional

«The complementarity assessment has not proven to be very significant in the work of the Court to date. This may seem surprising, given the importance attached to the issue at the Rome Conference and in much of the academic writing. It was always assumed that States would resist the Court's involvement, arguing the merits of their own justice systems. But, with the exception of the Situation in Darfur, all of the prosecutions have involved self-referrals, where such challenges seem improbable because the State concerned has, in effect, invited the Court to intervene. As for Sudan, its policy to date has been to ignore the Court altogether. The only significant ruling on admissibility has come from one of the defendants, Germain Katanga, who was unsuccessful in his motion based upon complementarity»<sup>18</sup>.

### 3.2. Gravedad

Con arreglo al artículo 17.1(d) del Estatuto, la Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando «El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte». Como la Corte ha tenido

<sup>16</sup> Draft Policy Paper, apartado 65.

<sup>17</sup> Id., apartado 66.

<sup>18</sup> SCHABAS, W.A., *An introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 192.

ocasión de precisar, todos los casos que la Corte estudia son graves habida cuenta de los crímenes previstos por el artículo 5 del Estatuto<sup>19</sup>. El criterio de la gravedad debe ser por tanto entendido como un requisito de gravedad especial o añadida. Este criterio no aparece definido ni en el Estatuto ni en las normas de procedimiento.

A tenor de lo expuesto por la Oficina del Fiscal, esta omisión es deliberada pues sería erróneo establecer criterios muy estrictos para determinar cuándo una determinada conducta reviste «suficiente gravedad»<sup>20</sup>. El objetivo, de conformidad con el Estatuto, es «que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo», y por ello el requisito de la suficiente gravedad debe servir para excluir de esta jurisdicción aquellos casos que claramente no revistan dicha trascendencia o entidad<sup>21</sup>, y no para disuadir la interposición de futuras comunicaciones o remisiones. Los criterios de admisibilidad relativos a la gravedad no deben ser excesivamente formalistas<sup>22</sup>.

En opinión del relator de la Comisión de Derecho Internacional que introdujo la propuesta inicial de Estatuto, el profesor James Crawford, el requisito de gravedad:

«might include, say... the fact that the acts alleged were not of sufficient gravity to warrant trial at the international level. Failing such power, the court might be swamped by peripheral complaints involving minor offenders, possibly in situations where the major offenders were going free»<sup>23</sup>.

Según el Reglamento de la Oficina del Fiscal, «In order to assess the gravity of the crimes allegedly committed in the situation the Office shall consider various factors including their scale, nature, manner of commis-

<sup>19</sup> Fiscal contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sentencia sobre la apelación del Sr. Germain Katanga contra la decisión oral de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 12 de junio de 2009 sobre la admisibilidad de la causa, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre 2009, párr. 56.

<sup>20</sup> Draft Policy Paper, apartado 68.

<sup>21</sup> Estatuto de Roma, preámbulo, párr. 4.

<sup>22</sup> Draft Policy Paper, apartado 69 y situación en la República Democrática del Congo, sentencia sobre el recurso del fiscal en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada «Decisión sobre la solicitud del fiscal relativa a órdenes de detención, artículo 58», ICC-01/04-169, versión confidencial 13 de julio 2006; pública 23 de septiembre 2008, párrs. 69-79.

<sup>23</sup> UN Doc. A/CN.4/SR.2330, párr. 9. Véase la cita en SCHABAS, W.A., *An introduction to the International Criminal Court*, 4<sup>th</sup> ed., Cambridge University Press, 2011, p. 200.

sion, and impact»<sup>24</sup>. La especial o suficiente gravedad se juzgará por tanto con base en una lista no exhaustiva de indicios entre los que deberán constar la escala, la naturaleza, el tipo de comisión y el impacto de los presuntos crímenes.

La Oficina del Fiscal ha clarificado cada uno de estos criterios en su proyecto de comunicación de 2010. Así, la escala de los crímenes será evaluada, *inter alia*, con base en el número de víctimas directas e indirectas, el alcance de los daños causados (físicos y/o psicológicos) por los presuntos crímenes a las víctimas y sus familias, o la distribución geográfica o temporal de los mismos. Respecto de esta última la Oficina menciona dos posibles supuestos que podrían ser considerados como de una escala suficiente, a saber, la alta intensidad de los crímenes en un breve período o la violencia de baja intensidad durante un período prolongado<sup>25</sup>. De este modo, por ejemplo, en la investigación del Fiscal relativa a Kenia la gravedad de los crímenes cometidos se acreditó, entre otras razones, por la escala de los mismos, a saber, 1200 personas presuntamente asesinadas, al menos 1.000 violaciones denunciadas y 450.000 personas desplazadas<sup>26</sup>.

En segundo lugar, por naturaleza de los crímenes debe entenderse los elementos específicos de cada delito (si constituyen asesinatos, violaciones y otros delitos de violencia sexual o de género, delitos cometidos contra niños, o la imposición de condiciones de vida en una comunidad destinadas a provocar su destrucción)<sup>27</sup>. Respecto de este criterio, en la investigación sobre Kenia antes citada la Oficina del Fiscal hizo referencia a la existencia de matanzas de civiles a gran escala, violaciones y otras formas de violencia sexual, lesiones graves y desplazamiento forzado, saqueo generalizado y la destrucción de zonas residenciales en la mayor parte del país<sup>28</sup>.

En tercer lugar, según la comunicación de la Oficina del Fiscal, el criterio de la forma de comisión de los delitos se refiere a los medios empleados para

<sup>24</sup> Reglamento de la Oficina del Fiscal, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor 23 abril 2009.

<sup>25</sup> Draft Policy Paper, apartado 70 (a)

<sup>26</sup> Id., apartado 71. Véase también la Situación en la República de Kenia, Solicitud de autorización de una investigación de conformidad con el artículo 15, ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009, párrs. 56-59.

<sup>27</sup> Id., apartado 70 (b)

<sup>28</sup> Id., apartado 71. Véase también la Situación en la República de Kenia, Solicitud de autorización de una investigación de conformidad con el artículo 15, ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009, párrs. 56-59.

ejecutar el crimen, al grado de participación y la intención en la comisión, el grado en que los crímenes fueron sistemáticos o el resultado de un plan pre-concebido con tal fin, o de otra forma fueron el resultado del abuso de poder. Asimismo la forma de comisión de los crímenes hace referencia a la existencia de elementos de especial crueldad, incluyendo la vulnerabilidad de las víctimas, los motivos de discriminación, o el uso de la violación y la violencia sexual como un medio para destruir a las comunidades<sup>29</sup>.

Por último, el impacto de los crímenes puede ser evaluado a la luz, entre otras, de las consecuencias de los mismos en la comunidad local o internacional, incluyendo las consecuencias a largo plazo a nivel social, económico o ambiental. Asimismo la comunicación hace referencia, en sede de evaluación del impacto, a si los crímenes fueron cometidos con el objetivo o tuvieron como resultado el aumento de la vulnerabilidad de la población civil, o si su propósito principal fue el de aterrorizar a la población civil<sup>30</sup>. Entre los ejemplos que la Oficina del Fiscal ha dado en relación con este criterio se encuentra la infección a través de violaciones del VIH / SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, la pérdida de casas y medios de subsistencia de los desplazados, el impacto en las comunidades locales en términos de seguridad, de estructura social, de economía o la persistencia de la impunidad<sup>31</sup>.

Por otra parte, la práctica de la Oficina del Fiscal también aporta luz sobre algunos casos que han sido considerados carentes de la necesaria gravedad con base en los criterios expuestos. Es el caso de las comunicaciones recibidas por el Fiscal relativas a la más reciente guerra en Irak. En aquel caso el Fiscal consideró que la información disponible en relación con los delitos presuntamente cometidos por nacionales de los Estados Parte revelaba una escala limitada de conducta que pudiera ser calificada de crímenes de guerra, de homicidio intencional y de trato inhumano de los miembros de las fuerzas armadas nacionales<sup>32</sup>. En concreto, el Fiscal consideró que el número de fallecidos por los crímenes objeto de la investigación superaba escasamente la

<sup>29</sup> Id. apartado 70 (c)

<sup>30</sup> Id. apartado 70 (d)

<sup>31</sup> Id., apartado 71. Véase también la Situación en la República de Kenia, Solicitud de autorización de una investigación de conformidad con el artículo 15, ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009, párrs. 56-59.

<sup>32</sup> Id., apartado 72.

decena, resultado notablemente inferior a las miles de víctimas relatadas en las comunicaciones y remisiones relativas a otras investigaciones como la de la República Democrática del Congo<sup>33</sup>.

Algunos autores han criticado severamente esta evaluación de tipo cuantitativo de la gravedad, entre otras razones por lo difícil que resulta comparar situaciones como las de la República Democrática del Congo, donde efectivamente hubo miles de víctimas, y la de Irak, donde han fallecido cientos de miles de personas como resultado de una intervención no autorizada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>34</sup>.

Dicho esto, como el Fiscal subrayó en su carta por la que rechazaba la admisibilidad de las comunicaciones relativas a Irak (también por razones de complementariedad), el artículo invocado en aquel caso, el artículo 8 del Estatuto, relativo a crímenes de guerra, contiene un estándar específico de gravedad pues dichos crímenes deberán ser cometidos «como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Respuesta de la Oficina del Fiscal a las comunicaciones recibidas sobre Irak, 9 de febrero de 2006: «The number of potential victims of crimes within the jurisdiction of the Court in this situation –4 to 12 victims of wilful killing and a limited number of victims of inhuman treatment– was of a different order than the number of victims found in other situations under investigation or analysis by the Office. It is worth bearing in mind that the OTP is currently investigating three situations involving long-running conflicts in Northern Uganda, the Democratic Republic of Congo and Darfur. Each of the three situations under investigation involves thousands of wilful killings as well as intentional and large-scale sexual violence and abductions. Collectively, they have resulted in the displacement of more than 5 million people. Other situations under analysis also feature hundreds or thousands of such crimes».

<sup>34</sup> Véanse en este sentido, entre otras, la opinión del profesor Schabas «the Prosecutor could not have been comparing the total number of deaths in Iraq with the total in the Democratic Republic of Congo or Uganda, because he would then have concluded that Iraq was more serious. Nor could he have been comparing the total number of deaths resulting from the crimes attributed to Lubanga with those blamed on the British troops in Iraq, because Lubanga was not charged with killing anybody. Thus, the quantitative analysis of gravity, which has a certain persuasive authority, appears to get totally muddled in imprecise comparisons. We need not totally dismiss the relevance of the relative numbers of victims in order to appreciate the need to consider other factors, such as the fact that crimes are committed by individuals acting on behalf of the State as contributing to the objective gravity of the crime»; CABAN, P., «Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court», cit., p. 208, nota 34.

<sup>35</sup> Respuesta de la Oficina del Fiscal a las comunicaciones recibidas sobre Irak, 9 de febrero de 2006: «While, in a general sense, any crime within the jurisdiction of the Court is ‘grave’, the Statute requires an additional threshold of gravity even where the subject-matter jurisdiction is satisfied. This assessment is necessary as the Court is faced with multiple situations invol-

#### 4. *El interés de la justicia*

Por último, una vez que los criterios de complementariedad y gravedad han sido satisfechos, el artículo 53 del Estatuto permite declarar inadmisibile una investigación en «interés de la justicia». La Oficina del Fiscal considera que esta facultad debe ser excepcional, entre otras razones porque debe existir una presunción a favor de investigar toda vez que los criterios de admisibilidad (complementariedad y gravedad) se cumplen<sup>36</sup>. El artículo 53.2 (c) hace referencia a algunos de los criterios que deberán ser evaluados en el análisis del interés de la justicia, a saber, la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen. Otros factores, como consideraciones políticas relativas a la paz o la seguridad mundiales no deberían, según la Oficina del Fiscal, ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar este requisito, lo que parece un enfoque correcto y coherente con las funciones jurisdiccionales de la Corte<sup>37</sup>. De hecho, como ha afirmado la doctrina, de los *travaux préparatoires* del Estatuto se desprende que la figura del interés de la justicia está concebida principalmente para tener en cuenta aquellos casos en los que edad o enfermedad del presunto autor de los crímenes desaconsejen la instrucción<sup>38</sup>.

---

ving hundreds or thousands of crimes and must select situations in accordance with the Article 53 criteria. For war crimes, a specific gravity threshold is set down in Article 8(1), which states that ‘the Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes’. This threshold is not an element of the crime, and the words ‘in particular’ suggest that this is not a strict requirement. It does, however, provide Statute guidance that the Court is intended to focus on situations meeting these requirements».

<sup>36</sup> Véanse a este respecto, entre otros, el Draft Policy Paper, apartados 73 a 75 y, especialmente, el documento específico publicado por la Oficina del Fiscal en esta materia: Policy Paper on the Interests of Justice, septiembre 2007, apartado 4.

<sup>37</sup> Draft Policy Paper, apartado 74.

<sup>38</sup> Véase CABAN, P., «Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court», cit., p. 210: «However, in my opinion, the described formal approach of the Prosecutor, according to which, from the legal point of view, the ‘interests of peace’ are not included in ‘the interests of justice’ criterion, seems to be right and sound. This approach may be supported by the text of the Statute: contextual interpretations of the Statute including its *travaux préparatoires* indicate that the interests of justice should refer above all to the age and infirmity of the alleged perpetrator(s) or to other similar reasons (connected with the efforts to deliver justice to all persons involved) for a conclusion that a (future) prosecution(s) would be counter-productive».

III. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS A LA REMISIÓN  
DE LA UNIÓN DE COMORES RELATIVA AL ABORDAJE  
DE LA FLOTILLA DE LA LIBERTAD

1. *Inicio*

La remisión de las Islas Comores fue enviada el 14 de mayo de 2013 a la Fiscal de la Corte, la Sra. Fatou Bensouda<sup>39</sup>. La remisión se efectuó con base en los artículos 13(a) y especialmente 14 del Estatuto. En virtud de este último «Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas»<sup>40</sup>.

Una primera cuestión que se plantea a este respecto es si el abordaje de la flotilla puede ser considerado como una «situación» como exige el artículo 14, o si por el contrario se trata de un caso o incidente aislado. A este respecto, el artículo 17, relativo a los criterios de complementariedad y gravedad si habla de «asuntos» y no de situaciones. El proyecto de comunicación de la Oficina del Fiscal trata de resolver esta aparente tensión al señalar que en sede de admisibilidad analizará los posibles asuntos que se deduzcan de una situación que haya sido comunicada o remitida a la Corte<sup>41</sup>. En nuestra opinión, el incidente de la flotilla, desde el abordaje del 31 de mayo hasta el día 6 de junio como mínimo debería ser calificado como una situación a los efectos del artículo 14 del Estatuto, situación de la cual serán objeto de estudio diversas conductas (o casos) llevadas a cabo por el ejército de Israel en el periodo cubierto por la situación (e.g. presuntos disparos a tripulantes desarmados o presuntas torturas a los tripulantes tras el abordaje).

Como se ha expuesto previamente, la remisión mencionaba *in limine* que la Corte era competente para estudiar el incidente del abordaje de la flotilla de la libertad por parte del ejército de Israel, llevado a cabo el 31 de mayo de 2010 y en el que murieron nueve personas, habida cuenta de que uno de los

<sup>39</sup> La Carta y sus anexos pueden consultarse en la página web de la Corte en el siguiente enlace <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf>>.

<sup>40</sup> El apartado segundo de dicho artículo añade que «en la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante».

<sup>41</sup> Véase CABAN, P., «Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court», cit., p. 204 y Draft Policy Paper, apartado 10.

buques afectados por dicho incidente estaba registrado, desde pocos días antes del incidente, bajo bandera de la Unión de Comores, supuesto previsto por el artículo 12 (2) (a) del Estatuto<sup>42</sup>. Una vez recibida la remisión, la oficina del Fiscal solicitó clarificaciones respecto del ámbito territorial y temporal de la remisión, en concreto, respecto de si la jurisdicción territorial se limitaba al buque Mavi Marmara, registrada en las Islas Comores, o si abarcaba también a otros buques de la flotilla de la libertad con matrícula de otros Estados Parte del Estatuto de Roma, en concreto de Grecia y Camboya. Respecto del ámbito temporal de la remisión, la Oficina del Fiscal preguntó si los hechos denunciados se limitaban a lo acaecido el 31 de mayo de 2010 o también abarcaban el incidente producido el 6 de junio 2010.

La respuesta de las Islas Comores fue afirmativa en ambos casos. En consecuencia, la denuncia cubre los hechos acaecidos en otros buques con matrícula de Grecia y Camboya, y no solo a bordo del Mavi Marmara. Además, respecto del ámbito temporal, la remisión cubre el periodo desde el 31 de mayo de 2010 hasta el 6 de junio del mismo año «y en adelante»<sup>43</sup>. La remisión de Comores es por tanto completa y, conforme a lo anunciado recientemente por la Oficina del Fiscal, se encuentra en la segunda fase del proceso de evaluación (Phase 2), relativa al análisis de la competencia de la Corte, y anterior a las fases de evaluación de la admisibilidad (Phase 3) e interés de la justicia (Phase 4)<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Según el cuál «la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto [...]. 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».

<sup>43</sup> Véase a este respecto la Carta enviada por la Fiscal al Presidente de la Corte con fecha de 26 de junio de 2013 (Ref: 2013/015/FB/JCCD-erls).

<sup>44</sup> Véase a este respecto la última sesión informativa semanal, en el momento de escribir estas líneas, de la Corte («weekly briefing» de 1-30 agosto 2013): «Preliminary examinations refer to the analytical process by which the OTP assesses whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation in a given situation. In accordance with Article 15 of the Statute, the OTP proactively gathers and evaluates information from multiple sources, including ‘communications’ from individuals and parties concerned (phase 1 – initial review). Following a sequential process, and irrespective of the mechanism by which the jurisdiction of the Court is triggered, the Office then applies the same legal criteria laid out in Article 53 of the Statute, namely jurisdiction, including temporal/territorial/personal and subject matter jurisdiction (phase 2), admissibility, including complementarity and gravity (phase 3) and the interests of justice (phase 4). Currently, the OTP is conducting preliminary examinations into eight situations: Afghanistan, Honduras, Korea and the Comoros referral (phase 2), Colombia, Georgia, Guinea, and Nigeria (phase 3)».

## 2. Competencia

Comores considera que la Corte es competente para instruir y juzgar los hechos acaecidos a bordo del MV Mavi Marmara porque este buque está matriculado bajo su bandera con arreglo al artículo 12(2) (a) del Estatuto, ratificado por Comores con anterioridad a los hechos (el 18 de agosto de 2006). Además, otros dos buques, aparte del Mavi Marmara, de los que fueron abordados por el ejército israelí también están registrados bajo bandera de otros Estados partes del Estatuto por lo que también por esa razón la Corte sería competente *ratione loci*. Estos buques son el Eleflheri Mesogios or Sofia, registrado en Grecia, y el MV Rachel Corrie, registrado en Camboya.

Por último, la remisión considera que la Corte también sería competente si decidiese aceptar la declaración de aceptación de la competencia presentada por Palestina en enero de 2009, habida cuenta de que los buques de la denominada flotilla de la libertad iban destinados a Gaza y el incidente estuvo motivado y condicionado por la situación de Gaza. A este respecto, como es sabido, la Oficina del Fiscal concluyó en abril de 2012, tras tres años de aparente deliberación, que no podía aceptar la declaración de aceptación de la competencia presentada por Palestina habida cuenta de que el artículo que permite dicha declaración (el artículo 12 del Estatuto) hace referencia a Estados y, en ese momento, Naciones Unidas y en concreto su Secretario General no había aceptado la condición de Estado de Palestina<sup>45</sup>. Cabe no obstante preguntarse si la situación no ha cambiado después del 4 de diciembre de 2012 cuando la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció el status de Estado no miembro observador (non-member observer State) de Palestina. La nueva Fiscal, la Sra. Bensouda, podría modificar la posición de la Oficina del Fiscal a la luz de este nuevo hecho y, por esa razón, los firmantes de la remisión de Comores han dejado la puerta abierta a dicha posibilidad. En este sentido, según ha sostenido el abogado John V. Whitbeck en un artículo publicado en «Palestine Chronicle», la nueva Fiscal habría afirmado que la solicitud inicial de Palestina fue rechazada pero ahora, tras la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, Palestina podría formular otra declaración de aceptación

<sup>45</sup> Véase la actualización relativa a la situación en Palestina publicada por la Oficina del Fiscal de la Corte el 3 de abril de 2012, apartado 5: «competence for determining the term ‘State’ within the meaning of article 12 rests, in the first instance, with the United Nations Secretary General who, in case of doubt, will defer to the guidance of General Assembly».

que sería, cuando menos, bien recibida. En los términos del artículo, la nueva Fiscal habría afirmado literalmente que «the ball is now in the court of Palestine... Palestine has to come back» and «we are waiting for them»<sup>46</sup>.

No obstante, la competencia de la Corte en este caso no parece problemática *ratione loci* a la luz del artículo 12(2)(a) del Estatuto, incluso sin tener en cuenta la declaración de Palestina, pues los hechos controvertidos sucedieron a bordo de hasta tres buques matriculados en estados Parte del Estatuto. En lo que hace a la competencia *ratione materiae* la remisión hace referencia (en un apartado distinto al relativo a la jurisdicción) a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, ambos previstos por el artículo 5 del Estatuto. En concreto, la remisión hace referencia a los siguientes crímenes previstos por el Estatuto: (a) crímenes de guerra (i) Artículo 8.2(a)(i) El homicidio intencional; (ii) Artículo 8.2(a)(ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; (iii) Artículo 8.2(a)(iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; (iv) Artículo 8.2(b)(iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; (v) Artículo 8.2(a)(iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; (vi) 8.2(a)(vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal; (viii) 8.2(b)(i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; (ix) Article 8(2)(b)(ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares; (x) Article 8(2)(b)(iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural

<sup>46</sup> El artículo puede consultarse íntegro en el siguiente enlace <<http://www.palestinechronicle.com/palestine-and-the-icc/#.UkHWEXabtLM>>. Según el autor la solicitud de Palestina sería a buen seguro aprobada: «While she said, unsurprisingly, that any new application would have to be considered, there was no ambiguity or suspense as to the result of the requisite consideration. It was clear that, in her eyes, ICC membership for the State of Palestine was Palestine's for the asking. There was even a hint of puzzlement that the ICC had not heard from Palestine subsequent to the UN vote».

que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; y (xi) Article 8(2)(b)(xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. En relación con (b) crímenes de lesa humanidad, la remisión hace referencia al artículo 7 del Estatuto, y en concreto a actos de asesinato, tortura y «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

### 3. *Admisibilidad*

Como se ha expuesto supra, bajo este rubro se analizan dos criterios distintos, la complementariedad y la gravedad de la conducta objeto de la remisión.

#### 3.1. Complementariedad

Respecto de la complementariedad, la remisión de Comores alega, en primer lugar, que la alta sensibilidad política de los hechos no permite que el sistema legal israelí actúe de forma independiente, persiga y juzgue a los responsables de los crímenes cometidos a bordo del Mavi Marmara y de los otros dos buques con bandera de Estados Parte.

En segundo lugar, Comores considera que no hay voluntad política en Israel para investigar y permitir que juicios imparciales se lleven a cabo. La remisión menciona en este sentido que altos cargos del ejército y del gobierno podrían ser considerados responsables últimos de los crímenes cometidos y que por esta razón no apoyarán ni permitirán investigaciones independientes. Como muestra de esta ausencia de voluntad, la remisión hace referencia a la falta de colaboración de las autoridades israelíes con la investigación del abordaje de la flotilla de la libertad solicitada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, investigación que concluyó que el ejército de Israel había cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Véase la resolución 14/1 de 2 de junio de 2010 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU por la que decide «enviar una misión internacional independiente de determinación de los hechos para que investigara las violaciones del Derecho internacional, incluidos el Derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, resultantes de los ataques israelíes contra la flotilla que transportaba asistencia humanitaria».

En tercer lugar, la remisión señala que los presuntos crímenes fueron cometidos en aguas internacionales y que todos los autores residen en Israel. A este respecto, se añade que la Unión de Comores no reconoce la condición de Estado de Israel por lo que no resultaría práctico que este Estado juzgara a los responsables. Por último, la remisión subraya que tampoco Grecia ni Camboya han iniciado acciones judiciales. La remisión no hace referencia a la existencia de investigaciones en Israel, si bien tampoco afirma, a diferencia de lo que afirma respecto de Grecia, Comores o Camboya, que no haya habido investigación alguna. En realidad, Israel ha realizado tres investigaciones sobre los hechos acaecidos el 31 de mayo.

La primera investigación, realizada por la Marina del ejército israelí, concluyó en el mes de junio de 2010. Su informe, en lo que ha trascendido a la opinión pública, indica que la operación adoleció de graves fallos, que la unidad que procedió al abordaje estaba inadecuadamente preparada, y que carecía de suficiente información de los servicios de inteligencia, hasta el punto que el ejército israelí había ignorado la posibilidad de que la tripulación del convoy humanitario ofreciese una resistencia violenta<sup>48</sup>.

La segunda investigación israelí fue llevada a cabo por una comisión militar encabezada por el Mayor General retirado Giora Eiland. El equipo, nombrado por el Jefe del Estado Mayor General, fue creado para examinar el dispositivo desplegado para asaltar la flotilla, el plan de acción elegido y otras posibles alternativas, los preparativos de la operación y su ejecución. La *Comisión Eiland* se centró en los siguientes aspectos: inteligencia, aspectos operativos del comando de la marina y de la fuerza aérea israelí que participaron en el abordaje, relaciones con los medios, alternativas tecnológicas, aspectos médicos y «asesoría jurídica y Derecho internacional» («*legal counsel and international law*»). Esta Comisión presentó su informe el 12 de julio de 2010<sup>49</sup>.

El informe Eiland determinó que la información de inteligencia había sido insuficiente, y que habían existido problemas de coordinación entre la

<sup>48</sup> Información sobre ésta y otras comisiones de investigación de Israel pueden consultarse en este enlace: <<http://www.ajcespanol.org/site/apps/nlnet/content2.aspx?c=hwKTJeNZJtF&b=1033281&ct=8520157>>.

<sup>49</sup> Las conclusiones de esta Comisión pueden consultarse en Internet en la página web de las fuerzas armadas israelíes: <<http://idfspokesperson.com/2010/07/12/maj-gen-res-eiland-submits-conclusions-of-military-examination-team-regarding-mavi-marmara-12-july-2010>>.

inteligencia de la Marina y la de la Defensa. Asimismo, como había señalado previamente el informe realizado por la Marina, el *Informe Eliand* constató que la intensidad de la violencia empleada contra las fuerzas israelíes fue subestimada y que no se había preparado una solución alternativa para hacer frente a esa situación. El informe concluye, no obstante, que la conducta de los soldados israelíes fue valiente y profesional, y que el uso de munición de guerra estaba justificado. La Comisión Eiland, según se desprende de la información públicamente accesible, no se pronunció sobre la valoración de la operación a la luz del Derecho internacional. En suma, la operación, según esta comisión, fue adecuada, al menos desde la óptica militar.

Los aspectos relacionados con el cumplimiento, por parte de Israel, del Derecho internacional fueron analizados por otra comisión de investigación interna israelí, a saber, la «*Comisión pública para examinar el incidente marítimo del 31 de mayo de 2010*», denominada Comisión Turkel por estar presidida por el juez del Tribunal Supremo de Israel retirado, el Sr. Jacob Turkel.

Esta tercera comisión de investigación, nombrada el 13 de junio de 2010, contó con tres miembros y dos observadores internacionales sin derecho de voto, Lord David Trimble, ex primer ministro de Irlanda del Norte y premio Nobel de la Paz, y Ken Watkin, jurista internacional canadiense. El mandato de la Comisión Turkel consistía en analizar

*«si las acciones tomadas por el Estado de Israel, a fin de evitar que –las embarcaciones– alcanzasen la costa de la Franja de Gaza el 31 de mayo de 2010 y sus objetivos, así como cuestiones adicionales involucradas al respecto, se encontraban en conformidad con las reglas de la ley internacional»<sup>50</sup>. En concreto, la Comisión trató las siguientes cuestiones: «a) Revisión de las circunstancias de seguridad alrededor de la imposición del bloqueo naval en la Franja de Gaza y la conformidad del bloqueo naval según las reglas de la ley internacional. b) **La conformidad de las acciones, adoptadas por Israel para aplicar el bloqueo naval en el incidente del 31 de mayo 2010, con las reglas de la ley internacional.** [y] c) Revisión de las acciones adoptadas, por los organizadores de la flotilla y sus participantes, así como de su identidad». Además, la Comisión examinó «la cuestión sobre si, el mecanismo para la revisión e investigación de las quejas y reclamos, surgidos en relación a las violaciones de las leyes de conflicto armado, tal como se llevan*

<sup>50</sup> Resolución de 13/06/2010 «*Designación de una Comisión Pública independiente, encabezada por el ex Juez de la Corte Suprema, Jacob Turkel, para examinar el incidente marítimo del 31 de mayo de 2010*».

*a cabo, en general, en Israel y como se implementó con relación al presente incidente, se hace conforme con las obligaciones del Estado de Israel bajo las reglas de la ley internacional»<sup>51</sup> (énfasis añadido).*

La Comisión Turkel, que llamó a declarar a numerosos testigos, incluidos altos cargos del ejército y del gobierno israelí, entre ellos el Jefe del Estado Mayor de Israel, Gabi Ashkenazi, y el Primer Ministro de Israel, Benjamín Netanyahu, presentó las conclusiones más relevantes de su investigación el 23 de enero de 2011. Respecto de la actuación de las fuerzas armadas israelíes a la luz de las normas de Derecho internacional humanitario, la Comisión Turkel concluyó que las fuerzas armadas israelíes actuaron correctamente habida cuenta de la ubicación y destino del Mavi Marmara, de las declaraciones públicas realizadas por los organizadores y participantes de la flotilla respecto a su intención de violar el bloqueo naval de Gaza y de la negativa de los capitanes de los barcos que integraban la flotilla a aceptar la invitación para que alteraran su rumbo y entregaran su cargamento en el puerto de Ashdod, desde donde sería transportado a Gaza<sup>52</sup>. Además, la Comisión concluyó que la forma utilizada para realizar el abordaje (el descenso de soldados transportados en helicóptero) era compatible con la legalidad internacional y, de hecho, era potencialmente menos peligrosa para los tripulantes del Mavi Marmara que otras opciones, como la de utilizar la fuerza directamente contra el barco<sup>53</sup>.

En suma, Israel ha llevado a cabo varias investigaciones, ninguna de ellas estrictamente judicial, y todas han concluido con la exoneración de cualquier responsabilidad a los militares o sus mandos, incluso políticos, tanto por el bloqueo como por el abordaje de la flotilla y el posterior trato a los integrantes de la misma. Junto con estas investigaciones, Israel y Turquía han establecido

<sup>51</sup> Resolución de 13/06/2010 «*Designación de una Comisión Pública independiente, encabezada por el ex Juez de la Corte Suprema, Jacob Turkel, para examinar el incidente marítimo del 31 de mayo de 2010*». Puede consultarse en Internet en castellano en <[http://www.cidipal.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4350&Itemid=82](http://www.cidipal.org/index.php?option=com_content&task=view&id=4350&Itemid=82)>.

<sup>52</sup> Véase a este respecto, por ejemplo, el párr. 175 del Informe Turkel, parte I. El Informe puede consultarse en Internet en el siguiente enlace: <[http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2011/turkel\\_israel\\_flotilla\\_p1\\_1101.pdf](http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2011/turkel_israel_flotilla_p1_1101.pdf)>.

<sup>53</sup> En los términos del propio informe: «Therefore, the option of fast-roping naval commandoes onto the Mavi Marmara represented an internationally recognized means by which to minimize the potential for civilian casualties or damage to civilian objects that could have occurred if armed force had been used against the ship itself». El Informe puede consultarse en Internet en el siguiente enlace: <[http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2011/turkel\\_israel\\_flotilla\\_p1\\_1101.pdf](http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2011/turkel_israel_flotilla_p1_1101.pdf)>.

negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo por el que Israel compense económicamente a las familias de los fallecidos (todos de nacionalidad turca, incluido uno con doble nacionalidad, turco estadounidense), y a algunos de los que resultaron heridos graves tras el abordaje de la flotilla. El acuerdo, según información aparecida en prensa, estaría cercano a alcanzarse, si bien recientemente se ha informado sobre un serio desencuentro en lo tocante a la cantidad final a pagar a las familias de los fallecidos<sup>54</sup>.

Por último, a los informes de las comisiones internas israelíes, todos exoneratorios, se une el de una comisión internacional solicitada por el Secretario General de Naciones Unidas, la denominada Comisión Palmer, investigación que también ha sido citada en medios israelíes para poner en tela de juicio el cumplimiento del requisito de complementariedad de la remisión de Comores<sup>55</sup>.

El nombramiento de los miembros de esta Comisión, también referida como Panel o Grupo de Expertos, fue anunciado por el Secretario General el 2 de agosto de 2010, tras intensas negociaciones con Israel y Turquía. El «Panel de Investigación» ha estado liderado por el ex primer ministro de Nueva Zelanda, Sir Geoffrey Palmer, y el ex presidente de Colombia, el Sr. Álvaro Uribe, y cuenta entre sus miembros a un representante de Israel y otro de Turquía.

El mandato del Panel de Investigación, tal y cómo fue aclarado por el Secretario General, se limitaba a identificar hechos y circunstancias, pero no

<sup>54</sup> Véase, respecto de la proximidad del acuerdo entre Israel y Turquía la noticia publicada en el diario *Haaretz* el 6 de mayo de 2013: <<http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/israel-and-turkey-near-final-deal-on-compensation-for-gaza-flotilla-victims-1.519575>>: «Israel and Turkey near final deal on compensation for Gaza flotilla victims After meeting in Jerusalem, Israeli and Turkish officials formulate draft agreement on criteria that determines eligibility for compensation, but actual amount for payment yet to be finalized». Asimismo, respecto de las dificultades recientes puede consultarse la noticia publicada en el mismo medio el 27 de mayo de 2013: «Israel-Turkey reconciliation talks hit impasse over scope of compensation Ankara, Jerusalem negotiating agreement for restoring ties that would include payment to families of nine Turks killed by IDF on Gaza flotilla, but while Israel is prepared to pay \$100,000 to each family, Turkey demands \$1 million», puede consultarse en <<http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/israel-turkey-reconciliation-talks-hit-impasse-over-scope-of-compensation-premium-1.526279>>.

<sup>55</sup> Véase a este respecto, por ejemplo, el artículo aparecido en la página web del *The Israel Democracy Institute* bajo el título «ICC Prosecutor to Conduct a Preliminary Examination of the 2010 Flotilla Incident». Puede consultarse en Internet en <<http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-53/icc-prosecutor-to-conduct-a-preliminary-examination-of-the-2010-flotilla-incident>>.

responsabilidades individuales, y debía incluir recomendaciones para evitar futuros incidentes. El Panel también debía analizar las conclusiones de las investigaciones nacionales que se estaban llevando a cabo. El informe final del grupo designado por el Secretario General de la ONU, el denominado Informe Palmer, fue publicado el pasado 2 de septiembre de 2011<sup>56</sup>.

El único análisis jurídico de los hechos acaecidos la noche del 31 de mayo de 2010 se realizó en relación con la legalidad del bloqueo naval impuesto por Israel. A este respecto, el Informe considera ajustado a Derecho internacional, tanto el establecimiento del mismo, como su ejercicio. El resto del análisis recogido en el Informe, que como se ha expuesto no es jurídico, estudia las acciones de la flotilla y de sus organizadores, los esfuerzos diplomáticos realizados antes de la salida de la flotilla, el abordaje israelí, el uso de la fuerza en el Mavi Marmara, y el trato dispensado a los tripulantes de la flotilla después de que el ejército israelí completara el abordaje de la misma.

En lo relativo al abordaje israelí y al uso de la fuerza a bordo del Mavi Marmara el Informe vierte duras críticas a Israel. Así, el Informe considera que la actuación de Israel al abordar la flotilla, empleando una fuerza armada considerable, a gran distancia de la zona de bloqueo y sin realizar un último aviso previo al abordaje fue «*excesiva y no razonable*»<sup>57</sup>. Además, el Informe calificó de «inaceptables» la pérdida de vidas humanas y los heridos que provocó el uso de la fuerza por parte de Israel. Por último, en lo tocante al trato de los integrantes de la flotilla tras el abordaje, el Informe concluye que éstos fueron objeto de un significativo maltrato por parte de las autoridades israelíes, después de la toma de posesión de los distintos barcos de la flotilla hasta que los integrantes fueron deportados. El maltrato incluyó, según el Informe, tanto maltrato físico, como hostigamiento, intimidación, la injustificada confiscación de bienes y la denegación de asistencia consular<sup>58</sup>.

No obstante, como se ha expuesto, el Informe no califica jurídicamente estas críticas, ni las relativas al uso de la fuerza por parte de Israel antes, durante y después del abordaje, sino que concluye con una serie de recomendaciones dirigidas a evitar que estos incidentes se vuelvan a producir. Por otra parte, el

<sup>56</sup> El denominado informe Palmer, titulado, "Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident", puede consultarse en Internet en el siguiente enlace: <[http://www.un.org/News/dh/infocus/middle\\_east/Gaza\\_Flotilla\\_Panel\\_Report.pdf](http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf)>.

<sup>57</sup> Id., apartado 117.

<sup>58</sup> Id., apartado 145.

Informe invita a Israel a expresar «una declaración apropiada de pesar» por las consecuencias del incidente, así como a pagar indemnizaciones a las familias de los fallecidos y heridos. El mandato de esta Comisión, que excluía la calificación jurídica de responsabilidades individuales, excluye, en nuestra opinión, su relevancia a los efectos del análisis de complementariedad.

La cuestión es, por tanto, si estas investigaciones son suficientes para declarar la remisión inadmisibles con base en el requisito de complementariedad. Como se ha expuesto supra, la primera pregunta que debe formularse en sede de complementariedad es empírica y consiste en determinar si hay, o ha habido, investigaciones o enjuiciamientos nacionales relevantes<sup>59</sup>. A este respecto, las dos primeras investigaciones israelíes, la de la marina y la denominada comisión Eiland, tenían como objetivo primordial analizar la idoneidad del dispositivo militar, el plan de acción elegido y otras posibles alternativas, así como los preparativos de la operación y su ejecución. Estas comisiones no buscaban por tanto, o al menos no primordialmente, depurar las responsabilidades individuales de los participantes en el abordaje a la luz de la legalidad internacional, y en concreto, de los crímenes previstos por el Estatuto.

Por otro lado, la Comisión Turkel sí que analizó la conformidad de las acciones adoptadas por Israel para aplicar el bloqueo naval en el incidente del 31 de mayo 2010 con las reglas de la ley internacional, concluyendo que eran conformes a las mismas. No obstante, cabría preguntarse si una investigación de este tipo satisface el concepto de investigación nacional recogido por el artículo 17 del Estatuto. A este respecto, el mandato de la Comisión Turkel, tal y como aparece recogido en la resolución por la que se nombra, incluía el examen de la legalidad de la actuación del ejército israelí a la luz del Derecho internacional, sin embargo la comisión no prevé la identificación de los responsables ni constituye una investigación judicial propiamente dicha, con acusación y defensa de los presuntos responsables<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Draft Policy Paper, apartado 55.

<sup>60</sup> Resolution n° 1796 of 14.06.2010, Secretariat of the Government, The 32nd Government, Benjamin Netanyahu, Appointment of an Independent Public Commission, Headed by Former Supreme Court Justice, Jacob Turkel, to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010. La resolución acuerda (arts. 1-4) «1. To appoint an independent public Commission, headed by former Supreme Court Justice, Jacob Turkel, to examine the aspects set out herein relating to the actions taken by the State of Israel to prevent vessels from reaching the coast of the Gaza Strip on 31 May 2010. 4. The Commission will submit its conclusions on the question of whether the actions set out in paragraph 1 and their objectives, as well as additional matters involved therein, were in conformity

La investigación Turkel se asemeja en este sentido más al funcionamiento de una Comisión de la verdad (Truth Commission), destinada a esclarecer los hechos pero no a depurar las responsabilidades penales de los autores de los mismos, que a un procedimiento judicial. De hecho, el propio mandato de la Comisión indica que la información aportada en el marco de la misma no podrá ser utilizada como prueba en un procedimiento legal<sup>61</sup>.

En este contexto, y respecto de las denominadas comisiones de la verdad y de reconciliación, tanto la doctrina como el anterior fiscal de la Corte se han mostrado *a priori* contrarios a aceptarlos como suficientes para declarar la inadmisibilidad de una investigación, si bien esta cuestión aún no ha sido resuelta. En efecto, en los términos de El-Zeid,

«Article 17(1) (a) and (b) speaks of the inadmissibility of a case where a domestic investigation or prosecution is being carried out. Without delving into the question of Truth Commissions and amnesties [...] suffice it briefly to highlight that the provision fails to clarify what type of investigation is required. It is not clear whether an investigation carried out by a Truth Commission would suffice to satisfy this provision, especially if such investigation did not lead to an amnesty. Paragraph (a) of Article 17(1) refers to investigation or prosecution. The problem is that generally an investigation carried out by a non-judicial body is not judicial in nature and would not necessarily lead to a prosecution. When paragraph (a) refers to a 'prosecution', which is always a judicial activity, carried out by a purely judicial body, one gets the sense that Article 17(1) is concerned with 'judicial proceedings' as opposed to alternative mechanisms of justice»<sup>62</sup>.

Por lo demás, incluso el preámbulo del Estatuto hace referencia a la jurisdicción complementaria de la Corte «de las jurisdicciones penales nacio-

---

with the rules of international law. For this purpose, the Commission will address the following issues: a) Examination of the security circumstances surrounding the imposition of the naval blockade on the Gaza Strip and the conformity of the naval blockade with the rules of international law. b) The conformity of the actions taken by Israel to enforce the naval blockade in the incident of 31 May 2010 with the rules of international law. c) Examination of the actions taken by the organizers of the flotilla and its participants, as well as their identity».

<sup>61</sup> Id. artículo 14: «The Government takes note of the statement of the Attorney General that in light of the vital public interest in allowing the Commission to seek the truth, law enforcement agencies will not make use of testimonies given before the Commission or before those individuals tasked with collecting information for the Commission, as evidence in a legal proceeding».

<sup>62</sup> EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers and vsp, Leiden-Boston 2008, p. 315.

nales». A este respecto, el Fiscal ha afirmado en sus informes al Consejo de Seguridad relativos a Darfur que la existencia de mecanismos alternativos a procedimientos judiciales a nivel nacional pueden ser relevantes a la hora de fijar sus prioridades sobre los casos que merecen una investigación, si bien estos mecanismos, por sí mismos, no pueden impedir la admisibilidad de una investigación<sup>63</sup>. Otros autores han señalado igualmente que la relevancia de investigaciones no-judiciales radica en su capacidad de influir a la oficina del Fiscal a la hora de establecer prioridades<sup>64</sup>.

Por otra parte, según el proyecto de comunicación, la Oficina del Fiscal estará particularmente vigilante respecto de la existencia de investigaciones encaminadas a juzgar la participación de los principales responsables de crímenes cometidos, lo que no parece ser el objetivo, cuando menos primordial, y en todo caso el resultado, del informe Turkel<sup>65</sup>. Además, si nos atenemos al elevado umbral para la inadmisión que ha fijado la Sala de Cuestiones Preliminares en el asunto Lubanga, donde la Sala precisó que inactividad nacional no significa que no haya ninguna instrucción nacional en curso por crímenes previstos por el Estatuto sino que no la haya por los mismos crímenes por los que el Fiscal haya decidido imputar a un determinado responsable parece difícil pensar que el Fiscal se inhibiría en este caso con base en las conclusiones del informe Turkel<sup>66</sup>.

Por último, respecto de la falta de disposición para juzgar a los responsables, motivo que sí cita la remisión de Comores, no se incluyen en dicha remisión pruebas o indicios de la misma, más allá de afirmar que la falta de disposición se debe al prestigio del ejército israelí y a la posible imputación

<sup>63</sup> UN Doc. S/PV.5321, p. 3. Citado por Schabas, W.A., *An introduction to the International Criminal Court*, 4th ed., Cambridge University Press, 2011, p. 199: «In his reports [los del Fiscal] to the Security Council on Darfur, he has acknowledged the significance of such alternative approaches to accountability, suggesting that these are relevant to the exercise of his discretion, but without, however, indicating that they may pose an obstacle to the admissibility of a case».

<sup>64</sup> Véase STAHN, C., «Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, 3 (2005), p. 695. Citado por SCHABAS, W.A., *An introduction to the International Criminal Court*, 4th ed., Cambridge University Press, 2011, p. 199 del siguiente modo: «It has been suggested that genuine but non-judicial efforts at accountability that fall short of criminal prosecution might have the practical effect of convincing the Prosecutor to set priorities elsewhere».

<sup>65</sup> Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, publicado por la Oficina del Fiscal el 4 octubre de 2010 en La Haya (en adelante también «draft policy paper») apartado 8.

<sup>66</sup> Fiscal c. Lubanga, Asunto n° ICC-01/04-01/06-8, Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de detención, 24 de febrero 2006, apartado 37.

de altos cargos militares y políticos si una investigación judicial se llevara a cabo. Pruebas de este tipo podrían haber incluido la intimidación de testigos, ignorar pruebas de cargo contra los principales responsables, dilatar excesivamente el procedimiento sin justificación objetiva para ello, o acreditar la falta de independencia o imparcialidad de la investigación<sup>67</sup>. Asimismo, respecto de la independencia del sistema judicial israelí, es cierto que el proyecto de comunicación de la Oficina del Fiscal incluye como un indicio de la falta de independencia la presunta implicación del aparato del Estado, incluidos los responsables de la ley y el orden en la comisión de los presuntos delitos, y la interferencia política en la investigación, procesamiento y juicio<sup>68</sup>, si bien estos extremos deberían haber sido fundamentados, de existir pruebas, en la propia remisión.

En suma, el requisito de complementariedad en este asunto podría ser satisfecho con base en la inactividad de Grecia, Camboya e Israel (los tres Estados Parte afectados por la remisión) si se considera, como en nuestra opinión debe hacerse, que las tres investigaciones llevadas a cabo en este último país, así como la investigación internacional *Palmer* –y la del Consejo de Derechos Humanos– no han sido investigaciones judiciales tendentes a depurar la responsabilidad penal de los principales responsables. De no ser así, consideramos que la remisión no acredita suficientemente la falta de independencia o imparcialidad de las autoridades israelíes sino que la supone con base en afirmaciones categóricas. En todo caso, hubiera sido deseable, en nuestra opinión, una fundamentación más detallada del cumplimiento de este requisito habida cuenta de que, a diferencia de remisiones anteriores, en este caso no nos hallamos ante una *self-referral*, más fácil de aceptar por el Fiscal, sino ante la denuncia de que Israel no ha querido o podido investigar los posibles crímenes llevados a cabo a bordo de los tres buques de Estados Parte.

### 3.2. Gravedad

La remisión justifica la gravedad de los hechos denunciados con arreglo al artículo 17.1 (d) del Estatuto de la siguiente forma. En primer lugar, la remisión subraya, con referencia a las palabras del Presidente de Turquía

<sup>67</sup> Id. apartados 58-63.

<sup>68</sup> Draft Policy Paper, apartado 65.

Abdulah Gul, que los hechos denunciados serían, en condiciones normales, constitutivos de un *casus belli*<sup>69</sup>, si no fuera por la posibilidad de acudir a la Corte Penal Internacional para obtener justicia y reparación<sup>70</sup>.

En segundo lugar la remisión considera que el abordaje de la Flotilla debe ser considerado en el contexto en el que éste se produce, a saber, el bloqueo de Gaza por parte de Israel, cuya protección y perpetuación perseguía el abordaje. Este bloqueo, subraya la remisión, ha sido severamente criticado y condenado por el Consejo de Derechos Humanos, particularmente por el denominado Informe Goldstone<sup>71</sup>, y más recientemente por la misión internacional independiente de determinación de los hechos relativos al abordaje de la flotilla enviada por el Consejo de Derechos Humanos.

El tercer elemento mencionado por la remisión para justificar la gravedad de la conducta del ejército de Israel obedece a que las acciones de este ejército formaban parte, según la remisión, de un plan o programa dirigido a usar la violencia para disuadir la llegada de flotillas humanitarias a Gaza. Este plan habría sido elaborado con meses de preparación y la opción de utilizar la fuerza discutida en varias reuniones del ejército con el Ministro de Defensa y el primer ministro israelí durante el mes de mayo. Israel habría además espiado a algunos miembros de la flotilla antes de que ésta partiera de Turquía pues algunos de los soldados que fueron retenidos por tripulantes de la flotilla portaban un cuaderno con fotos de algunos miembros de la flotilla.

En cuarto lugar la remisión señala que el número de víctimas, 9 mortales y más de 600 víctimas no mortales, es elevado. Además, la remisión señala que el objetivo inicial de la actuación del ejército israelí, a la luz de fuerza utilizada, era provocar un «baño de sangre». En los términos literales de la remisión «the initial aim was to cause a large bloodshed by killing more numbers»<sup>72</sup>.

Por último, con base en una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la situación en Kenia, la remisión recuerda que el criterio de gra-

<sup>69</sup> La remisión hace referencia a estas palabras del president Gul «In the old world, in the old times, if such an incident were to take place, wars would follow...» 21 septiembre de 2010, disponible en <<http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/turkey-president-in-old-times-israeliflotilla-raid-would-have-sparked-war-1.314957>>. Véase la remisión de Comores, p. 6.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> Consejo de Derechos Humanos, «Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories: Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict», U.N. Doc. A/HRC/12/48, 25 septiembre de 2009, [«Informe Goldstone»].

<sup>72</sup> Remisión de Comores, p. 7.

vedad puede evaluarse a la luz de criterios cualitativos, y no sólo cuantitativos. En relación con los primeros, lo relevante será, no el número de víctimas sino la presencia de circunstancias agravantes o cualitativas. Además, la remisión cita una decisión de la Sala de Apelaciones relativa a la República Democrática del Congo para argumentar que, en el caso de crímenes de guerra, no se requiere que estos sean realizados a gran escala<sup>73</sup>.

Como se ha expuesto *supra*, según el Reglamento de la Oficina del Fiscal la gravedad de los crímenes a efectos de la admisibilidad se evaluará con base en varios factores, incluyendo la escala, naturaleza, forma de comisión y el impacto<sup>74</sup>. En relación con la escala, el número de víctimas mortales del abordaje de la flotilla, nueve, fue limitado. Así, comparado con el número de víctimas de la situación de Kenia, mencionado en el proyecto de comunicación para ejemplificar este requisito, a saber, 1200 personas presuntamente asesinadas, al menos 1.000 violaciones denunciadas y 450.000 personas desplazadas<sup>75</sup>, el número de víctimas del abordaje fue reducido, incluso tomando en consideración las 600 personas afectadas por el incidente, todas las víctimas mencionadas en la remisión.

A este respecto, como se ha mencionado *supra*, el precedente de Irak podría ser invocado en contra de la admisibilidad de esta investigación por motivos de gravedad. En aquel caso el Fiscal consideró que el número de fallecidos por los crímenes objeto de la investigación, crímenes de guerra como en el caso de la remisión de Comores, superaba escasamente la decena, número superior al de víctimas mortales del abordaje. Del mismo modo, el Fiscal mencionaba en aquel caso que el artículo 8 del Estatuto, relativo a crímenes de guerra, e invocado por Comores, contiene un estándar específico de gravedad pues dichos crímenes deberán ser cometidos «como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes»<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Remisión de Comores, p. 7.

<sup>74</sup> Reglamento de la Oficina del Fiscal, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor 23 abril 2009: «In order to assess the gravity of the crimes allegedly committed in the situation the Office shall consider various factors including their scale, nature, manner of commission, and impact».

<sup>75</sup> Id., apartado 71. Véase también la Situación en la República de Kenia, Solicitud de autorización de una investigación de conformidad con el artículo 15, ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009, párrs. 56-59.

<sup>76</sup> Respuesta de la Oficina del Fiscal a las comunicaciones recibidas sobre Irak, 9 de febrero de 2006: «While, in a general sense, any crime within the jurisdiction of the Court is 'grave', the Statute requires an additional threshold of gravity even where the subject-matter jurisdiction is satisfied. This assessment is necessary as the Court is faced with multiple situations involving

En nuestra opinión, el abordaje, por sí sólo, difícilmente podría ser considerado como parte de un plan preconcebido para cometer crímenes de guerra a gran escala en el sentido del artículo 8 del Estatuto. Dicho esto, la remisión trata de hacer ver que el incidente es un episodio más del bloqueo ilegal que sufre Gaza y que está destinado a reforzar la dramática situación de la población que allí vive, bajo ocupación, según los términos de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del muro construido en el territorio ocupado de Palestina<sup>77</sup>. En este sentido, si la Oficina del Fiscal considera el contexto en el que se produjo el bloqueo como una circunstancia agravante, bien podría compensar con ese elemento cualitativo, a la luz de los precedentes jurisprudenciales mencionados, la dificultad que presenta el mero análisis cuantitativo de las víctimas mortales del abordaje. Lo anterior sería además congruente con la opinión de los autores que han criticado el análisis exclusivamente cuantitativo que se desprende de la inadmisibilidad de las comunicaciones relativas a Irak<sup>78</sup>.

En segundo lugar, respecto de la naturaleza de los crímenes, éstos incluyen el asesinato de civiles desarmados desde helicópteros así como, siempre según la remisión, la tortura de decenas de pasajeros una vez las tropas de Israel tomaron el control. Crímenes, tanto el asesinato como la tortura de una naturaleza grave, dejando a un lado, de nuevo, el análisis cuantitativo.

En tercer lugar, respecto de la forma de comisión de los delitos, la remisión, sin mencionar expresamente este criterio, subraya que los medios empleados para ejecutar los crímenes controvertidos incluyeron el empleo de munición letal, buques, helicópteros y decenas de zodiacs para hacer frente a un convoy desarmado. Además, el criterio de la forma de comisión tiene en cuenta la intencionalidad de la conducta, intención que, según la remisión,

---

hundreds or thousands of crimes and must select situations in accordance with the Article 53 criteria. For war crimes, a specific gravity threshold is set down in Article 8(1), which states that 'the Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes'. This threshold is not an element of the crime, and the words 'in particular' suggest that this is not a strict requirement. It does, however, provide Statute guidance that the Court is intended to focus on situations meeting these requirements».

<sup>77</sup> Opinión consultiva de la CIJ en el asunto relativo a las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, de 9 de julio de 2004, disponible en español: A/ES-10/273, 136.

<sup>78</sup> Véanse en este sentido, entre otras, las referencias incluidas en CABAN, P., «Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court», cit., p. 208, nota 34.

era la de provocar un baño de sangre, extremo que la remisión deberá naturalmente acreditar. Por otro lado, el criterio de la forma de comisión también tiene en cuenta el abuso de poder, algo que en el caso del abordaje, y especialmente en las horas sucesivas al mismo, la comisión de investigación enviada por el Consejo de Derechos Humanos consideró sobradamente acreditado, como también consideró que las tropas israelíes castigaron e intimidaron a los miembros de la flotillas con actos tendentes a la tortura<sup>79</sup>. Este elemento no parece por tanto ser el más difícil de cumplir en el presente caso.

Por último, respecto del impacto de los crímenes en la comunidad local o internacional, el abordaje de la flotilla de la libertad por parte de Israel y sus consecuencias originaron una grave crisis diplomática entre Israel y Turquía, y tuvieron una fuerte repercusión nacional e internacional, motivando el inicio de varias investigaciones nacionales en Israel y Turquía, así como varias investigaciones internacionales, una de ellas nombrada por el propio Secretario General de Naciones Unidas y la otra por el Consejo de Derechos Humanos de dicha organización. Por último, si los efectos del bloqueo que el abordaje de la flotilla protegió son tenidos en cuenta en términos económicos y de vulnerabilidad de la población afectada, este criterio tampoco sería, en nuestra opinión difícil de cumplir.

#### 4. *El interés de la justicia*

Por último, aún si la Oficina del Fiscal considera que los criterios de complementariedad y gravedad han sido satisfechos, podría aún rechazar la investigación si concluyese que así lo exige el interés de la justicia. Como se ha expuesto, esta es una facultad discrecional que choca con la presunción a favor de investigar toda vez que los criterios de admisibilidad (complementariedad y gravedad) se cumplen<sup>80</sup>.

En este caso no parece concurrir alguna circunstancia excepcional que pudiera justificar el rechazo de la investigación, habida cuenta tanto de la gravedad de los crímenes cometidos como de los intereses de las víctimas de obtener reparación (más allá de la económica si finalmente la obtienen con base

<sup>79</sup> Véase la remisión de Comores, pp. 12-13.

<sup>80</sup> Véanse a este respecto, entre otros, el Draft Policy Paper, apartados 73 a 75 y, especialmente, el documento específico publicado por la Oficina del Fiscal en esta materia: Policy Paper on the Interests of Justice, septiembre 2007, apartado 4.

en el probable acuerdo Israel-Turquía) así como de la edad o enfermedad de los presuntos autores, al menos de los directos (soldados del ejército israelí), y de su participación en el presunto crimen.

#### IV. CONCLUSIONES

La remisión efectuada por la Unión de Comores es significativa por varias razones. En primer lugar por estar basada en la competencia *ratione loci* de la Corte por conductas llevadas a cabo a bordo de buques considerados a los efectos del Estatuto como territorio de los Estados Parte donde hayan sido matriculados, lo que recuerda a una de las conclusiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el famoso asunto Lotus<sup>81</sup>.

En segundo lugar por tratarse de una de las primeras, si no la primera remisión enviada por un Estado Parte en relación con actos cometidos por oficiales de otro Estado, en este caso de un Estado no Parte como Israel, y no por hechos acaecidos en el propio país de los que son responsables oficiales nacionales de anteriores gobiernos (auto remisiones o self referrals).

En tercer lugar esta remisión es significativa por tratarse de un asunto de indudable repercusión mediática internacional, que algunos autores han comparado ya con el asunto de Nicaragua resuelto por el Tribunal Internacional de Justicia en 1986<sup>82</sup>. A este respecto se ha afirmado que el enjuiciamiento y eventual condena de soldados de Israel contribuiría a la popularidad de la Corte Penal Internacional como el enjuiciamiento y posterior condena de Estados Unidos en aquel caso contribuyó a la popularidad del Tribunal Internacional de Justicia y a que este Tribunal empezare a conocer más asuntos<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> SS Lotus, Sentencia de 7 de septiembre de 1927 [1927] Publicado CPJI Serie A, n° 10.

<sup>82</sup> Sentencia relativa a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua [1986] (T.I.J. Recueil, 1986, p. 118)

<sup>83</sup> Véase a este respecto, por ejemplo, el comentario sobre la remisión de la Unión de Comores publicado en el blog EJIL Talk por Dapo Akande bajo el título «Court between A Rock and a Hard Place: Comoros Refers Israel's Raid on Gaza Flotilla to the ICC»: «I wonder whether this referral might be the Nicaragua moment for the ICC. When the International Court of Justice was faced with that case against the United States in the 1980s it chose to accept jurisdiction in a case against a super power with the consequence that the US withdrew its optional clause accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ. However, that acceptance by the ICJ of jurisdiction and the subsequent decision against the US –on the merits– proved to be the turning point in the Court's popularity».

En nuestra opinión, a la luz de la práctica reciente de la Corte y de la opinión de la doctrina, la remisión entra en el ámbito competencial de la Corte, tanto por razón de la materia (crímenes de guerra y de lesa humanidad) como por razón del territorio y del ámbito temporal. Más controvertida resulta su admisibilidad con base en los criterios de complementariedad y gravedad. Respecto del primero, en nuestra opinión la Corte podría considerar como insuficientes para declarar inadmisibles las investigaciones internas realizadas en Israel, incluyendo la Comisión Turkel, por no tratarse propiamente de procedimientos judiciales tendentes a depurar las responsabilidades penales de los presuntos autores de los crímenes objeto de la remisión. Respecto del criterio de la gravedad, consideramos, en esencia, que será el más difícil de cumplir en este asunto, particularmente si el Fiscal hace valer criterios cuantitativos de número de víctimas como en casos anteriores pues el número de víctimas mortales resultantes del abordaje de la flotilla es de una escala muy limitada respecto de otros casos. Por el contrario, si la Fiscal atiende a criterios cualitativos relativos a la forma en que se produjeron los presuntos crímenes, a la desigualdad entre los contendientes en el abordaje, y especialmente al contexto en el que el abordaje se enmarca –y la razón por la que se llevó a cabo–, a saber, el bloqueo de Gaza por parte de Israel y las consecuencias que el mismo está teniendo para la población que allí vive.