

**Cour
Pénale
Internationale**



Corte Penal Internacional

**International
Criminal
Court**

Original: inglés

**Nº ICC-01/09-02/11 OA
Fecha: 30 de agosto de 2011**

SALA DE APELACIONES

**Integrada por: Magistrado Daniel David Ntanda Nsereko, magistrado presidente
Magistrado Sang-Hyun Song
Magistrada Akua Kuenyehia
Magistrado Erkki Kourula
Magistrada Anita Ušacka**

SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE KENYA

**EN LA CAUSA DEL
FISCAL *c.* FRANCIS KIRIMI MUTHAURA, UHURU MUIGAI
KENYATTA y MOHAMMED HUSSEIN ALI**

Documento público – URGENTE

Sentencia

relativa a la apelación de la República de Kenya contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 30 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto”

**Sentencia que deberá notificarse de conformidad con la norma 31 del
Reglamento de la Corte a:**

Fiscalía

Sra. Fatou Bensouda, fiscal adjunta
Sr. Fabricio Guariglia

Defensa de Francis Kirimi Muthaura

Sr. Karim A. A. Khan
Sr. Kennedy Ogeta

**Oficina del Defensor Público para las
Víctimas**

Sra. Paolina Massidda

Defensa de Uhuru Muigai Kenyatta

Sr. Steven Kay
Sr. Gillian Higgins

Representantes de Estados

Sr. Geoffrey Nice
Sr. Rodney Dixon

Defensa de Mohammed Hussein Ali

Sr. Evens Monari
Sr. Gershom Otachi Bw'omanwa

SECRETARÍA

Secretaria

Sra. Silvana Arbia

La Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional,

En la apelación de la República de Kenya contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 30 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto” (ICC-01/09-02/11-101),

Habiendo deliberado,

Por mayoría, con la opinión disidente de la magistrada Anita Ušacka,

Dicta la siguiente

SENTENCIA

Se confirma la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto.

I. COMPROBACIONES FUNDAMENTALES

1. Cuando la Corte ha emitido una orden de detención o una orden de comparecencia, para que un asunto sea inadmisibile con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto, las investigaciones nacionales deberán referirse a la misma persona y a una conducta sustancialmente igual a las que son objeto del procedimiento ante la Corte. Las palabras “sea objeto de una investigación” en este contexto significan que se han tomado medidas con el fin de determinar si esa persona es responsable de dicha conducta, por ejemplo, entrevistando a testigos o sospechosos, reuniendo pruebas documentales o llevando a cabo análisis forenses.

2. Si un Estado impugna la admisibilidad de una causa, debe proporcionar a la Corte pruebas con el grado necesario de especificidad y valor probatorio que demuestren que está realmente investigando la causa. No es suficiente que simplemente se afirme que se están llevando a cabo investigaciones.

3. Con la salvedad de lo estipulado en la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, una Sala a la que se ha remitido una impugnación de la admisibilidad tiene

amplia discrecionalidad para determinar el modo de sustanciar el procedimiento relativo a la impugnación.

II. RESEÑA DEL PROCEDIMIENTO

A. Procedimiento ante la Sala de Cuestiones Preliminares

4. El 31 de marzo de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares II (en adelante: “la Sala de Cuestiones Preliminares”) dictó, por mayoría, la decisión con arreglo al artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la autorización de investigación en la situación en la República de Kenya¹ (en adelante: “la decisión con arreglo al artículo 15”) por la que se autorizó al Fiscal a iniciar de oficio una investigación de la situación en la República de Kenya.

5. El 8 de marzo de 2011, la Sala, por mayoría, decidió expedir una orden dirigida al Sr. Francis Kirimi Muthaura, (en adelante: “el Sr. Muthaura”), al Sr. Uhuru Muigai Kenyatta (en adelante: “el Sr. Kenyatta”) y al Sr. Mohammed Hussein Ali (en adelante: “el Sr. Ali”) para que comparecieran ante la Corte el día 7 de abril de 2011².

6. El 31 de marzo de 2011, el Gobierno de la República de Kenya (en adelante: “Kenya”) presentó ante la Sala de Cuestiones Preliminares la SOLICITUD PRESENTADA EN NOMBRE DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE KENYA CON ARREGLO AL ARTÍCULO 19 DEL ESTATUTO DE LA CPI³ (en adelante: “la impugnación de la admisibilidad”), en la que pidió, entre otras cosas, que la Sala de Cuestiones Preliminares “considerara inadmisibles las dos causas que tiene actualmente ante sí”⁴.

7. El 4 de abril de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares dictó la decisión relativa a la sustanciación del procedimiento relacionado con la solicitud presentada por Kenya con arreglo al artículo 19 del Estatuto de Roma⁵ (en adelante: “la decisión de 4 de abril de 2011 relativa a la sustanciación del procedimiento”).

¹ ICC-01/09-19. El 1 de abril de 2010 se registró una versión corregida, que lleva el número de referencia ICC-01/09-19-Corr.

² Decisión relativa a la solicitud del Fiscal de que se expida una orden de comparecencia con respecto a Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali”, ICC-01/09-02/11-1

³ ICC-01/09-02/11-19

⁴ Impugnación de la admisibilidad, párr. 80.

⁵ ICC-01/09-02/11-40.

8. El 21 de abril de 2011, el Gobierno de Kenya transmitió la PRESENTACIÓN DE ANEXOS DE MATRIALES [sic] DE LA SOLICITUD PRESENTADA POR EL GOBIERNO DE KENYA CON ARREGLO AL ARTÍCULO 19 DEL ESTATUTO DE ROMA⁶ (en adelante: “la presentación de anexos de 21 de abril de 2011”), en la que incorporó 22 anexos para respaldar la impugnación de la admisibilidad.

9. El 28 de abril de 2011, el Fiscal⁷, el Sr. Ali,⁸ el Sr. Muthaura y el Sr. Kenyatta⁹ presentaron sus respuestas a la impugnación de la admisibilidad presentada por Kenya. La Oficina del Defensor Pública para las Víctimas, actuando en nombre de las víctimas que habían solicitado participar, también presentó la respuesta de las víctimas a la impugnación de la admisibilidad¹⁰.

10. El 13 de mayo de 2011, Kenya, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares¹¹, presentó la réplica en nombre del Gobierno de Kenya a las respuestas del Fiscal, la Defensa y la Oficina del Defensor Público para las Víctimas a la solicitud del Gobierno con arreglo al artículo 19 del Estatuto de Roma¹². Este documento, junto con sus siete anexos, se notificó a la Sala de Cuestiones Preliminares el 16 de mayo de 2011 (en adelante: “la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011”).

11. El 30 de mayo de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares dictó la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto¹³ (en adelante: “la decisión impugnada”).

⁶ ICC-01/09-02/11-67.

⁷ Respuesta de la Fiscalía a la solicitud presentada en nombre del Gobierno de la República de Kenya con arreglo al artículo 19 del Estatuto de la CPI, ICC-01/09-02/11-71.

⁸ Respuesta del General Mohammed Hussein Ali a la solicitud presentada en nombre del Gobierno de la República de Kenya con arreglo al artículo 19 del Estatuto de la CPI, ICC-01/09-02/11-70.

⁹ OBSERVACIONES CONJUNTAS DE LA DEFENSA SOBRE LA SOLICITUD PRESENTADA POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE KENYA CON ARREGLO AL ARTÍCULO 19, ICC-01/09-02/11-72.

¹⁰ Observaciones en nombre de las víctimas sobre la solicitud presentada por Kenya con arreglo al artículo 19 del Estatuto de Roma, ICC-01/09-02/11-74.

¹¹ Decisión de 2 de mayo de 2011 dictada con arreglo al numeral 5 de la norma 24 del Reglamento de la Corte relativa a la solicitud presentada en nombre del Gobierno de Kenya, ICC-01/09-02/11-81.

¹² ICC-01/09-02/11-91 con 7 anexos.

¹³ ICC-01/09-02/11-104.

B. Procedimiento ante la Sala de Apelaciones

12. El 6 de junio de 2011, Kenya presentó una apelación titulada “Apelación del Gobierno de Kenya contra la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto”¹⁴.

13. El 20 de junio de 2011, Kenya presentó el documento justificativo de su apelación contra la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto¹⁵. El 22 de junio de 2011 se presentó una versión corregida de este documento¹⁶ (en adelante: “el documento justificativo de la apelación”). Para justificar su apelación, Kenya afirma que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que la causa contra los sospechosos ante la Corte es admisible, con arreglo al Estatuto, está viciada por errores de hecho, de procedimiento y de derecho y, por lo tanto, la Sala de Apelaciones debe revocarla¹⁷.

14. El 4 de julio de 2011, Kenya presentó un informe actualizado de sus investigaciones en la apelación contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la admisibilidad¹⁸ (en adelante: “los informes actualizados de la investigación”), al que se adjuntaba un informe del Director del Departamento de Investigaciones Criminales de Kenya¹⁹.

15. El 12 de julio de 2011, el Fiscal presentó la respuesta de la Fiscalía a la apelación del Gobierno de Kenya contra la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto²⁰ (en adelante: “la respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación”), en la que sostiene que Kenya no demostró que en las decisiones impugnadas haya ningún error que dé lugar a la revocación y que por lo tanto las apelaciones se deberían rechazar.

¹⁴ ICC-01/09-02/11-104.

¹⁵ ICC-01/09-02/11-130.

¹⁶ ICC-01/09-02/11-130-Corr.

¹⁷ Documento justificativo de la apelación, párr. 1.

¹⁸ ICC-01/09-02/11-153.

¹⁹ Anexo I del informe actualizado de la investigación del Gobierno de Kenya en la apelación contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la admisibilidad, ICC-01/09-02/11-153-Anx 1.

²⁰ ICC-01/09-02/11-168.

16. El 12 de julio de 2011, el Sr. Ali presentó la respuesta de la defensa al documento justificativo de la apelación del Gobierno de Kenya contra la decisión relativa a la solicitud presentada en nombre del Gobierno de la República de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto de la CPI²¹ (en adelante: “la respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación”). En esencia, el Sr. Ali concuerda con las afirmaciones de Kenya sobre la apelación y pide que se revoque la decisión impugnada.

17. El 19 de julio de 2011, las víctimas representadas por la Oficina del Defensor Público para las Víctimas presentaron sus observaciones sobre la apelación del Gobierno de Kenya con respecto a la admisibilidad del procedimiento²² (en adelante: “las observaciones de las víctimas”). Las víctimas concuerdan en gran medida con los argumentos del Fiscal con respecto a los supuestos errores²³. En particular, en relación con los supuestos errores de hecho, observan que Kenya incurre en error al invocar las cartas e informes relativos a las supuestas investigaciones de Kenya y las instrucciones (no corroboradas) del Comisionado de Policía a los abogados, como fundamento de la impugnación de la admisibilidad, porque no indican de forma concreta que se estuvieran llevando a cabo investigaciones con respecto a los seis sospechosos²⁴.

18. El 19 de julio de 2011, se presentó la solicitud en nombre del Gobierno de Kenya de autorización para replicar a la respuesta de la Fiscalía a la apelación del Gobierno de Kenya contra la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto²⁵ (en adelante: “la solicitud de réplica”). La solicitud de réplica se registró el 20 de julio de 2011.

19. El 26 de julio de 2011, se presentó la respuesta del Gobierno de Kenya a las observaciones de las víctimas sobre la apelación del Gobierno de Kenya con respecto a la admisibilidad del procedimiento²⁶ (en adelante: “la respuesta de Kenya a las observaciones de las víctimas”), en la que Kenya dice que las víctimas “solo repiten el

²¹ ICC-01/09-02/11-166.

²² ICC-01/09-02/11-177.

²³ Observaciones de las víctimas, párrs. 40 y 43 y 44.

²⁴ Observaciones de las víctimas, párrs. 13 a 16, 27 a 29 y 31.

²⁵ ICC-01/09-02/11-180.

²⁶ ICC-01/09-02/11-194.

argumento formulado por la Fiscalía [...] y no abordan la cuestión central, es decir, si simplemente no es veraz la inequívoca afirmación del Gobierno de Kenya ante la CPI de que está investigando a los [...] sospechosos [...]”²⁷.

20. El 27 de julio de 2011, el Fiscal presentó la respuesta de la Fiscalía a las observaciones de las víctimas relativas a la apelación del Gobierno de Kenya con respecto a la admisibilidad del procedimiento²⁸ (en adelante: “la respuesta del Fiscal a las observaciones de las víctimas”). El Fiscal afirma que las observaciones de las víctimas sirven para confirmar que Kenya “ha hecho una interpretación profundamente errónea de los requisitos sustantivos y procesales de la impugnación de la admisibilidad y que, en definitiva, no ha presentado ninguna prueba tangible que corrobore su afirmación de que se estaba investigando a nivel nacional el caso contra los sospechosos”²⁹. Por consiguiente, el Fiscal está de acuerdo en que no corresponde la invocación de las cartas e informes relativos a sus investigaciones con respecto a los sospechosos que hace Kenya en su apelación³⁰.

21. El 28 de julio de 2011, habiendo oído al Fiscal³¹ y a las víctimas³² y después de haber dado la oportunidad³³ a los sospechosos³⁴ de exponer sus opiniones, la Sala de Apelaciones desestimó *in limine* los informes actualizados de la investigación³⁵.

22. El 1 de agosto de 2011, tras haber dado la oportunidad³⁶ al Fiscal³⁷ y a los sospechosos de exponer sus opiniones, la Sala de Apelaciones desestimó *in limine* la solicitud de réplica³⁸.

²⁷ Respuesta de Kenya a las observaciones de las víctimas, párr. 3.

²⁸ ICC-01/09-02/11-198.

²⁹ Respuesta del Fiscal a las observaciones de las víctimas, párr. 8.

³⁰ Respuesta del Fiscal a las observaciones de las víctimas, párr. 9.

³¹ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 35.

³² Observaciones de las víctimas, párrs. 44, 45 y 46 y 48.

³³ Providencia relativa a la presentación de observaciones en relación con la presentación del informe actualizado de investigación del Gobierno de Kenya en la apelación contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la admisibilidad, 14 de julio de 2011, ICC-01/09-02/11-171.

³⁴ Observaciones de la defensa sobre la presentación del informe actualizado de investigación del Gobierno de Kenya en la apelación contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la admisibilidad, 15 de julio de 2011, ICC-01/11-02/11-173.

³⁵ Véase la decisión relativa a la presentación del informe actualizado de investigación del Gobierno de Kenya en la apelación contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la admisibilidad, ICC-01/09-02/11-202.

³⁶ Providencia relativa a la presentación de observaciones en relación con la solicitud presentada en nombre del Gobierno de Kenya de autorización para replicar a la respuesta de la Fiscalía a la apelación del Gobierno de Kenya contra la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa

23. El 3 de agosto de 2011, Kenya presentó una petición de audiencia oral de conformidad con la subregla 3 de la regla 156³⁹ (en adelante: “la petición de audiencia oral”).

24. El 17 de agosto de 2011, después de dar la oportunidad⁴⁰ al Fiscal⁴¹, a los sospechosos⁴² y a las víctimas participantes en la apelación⁴³ de exponer sus opiniones, la Sala de Apelaciones desestimó *in limine* la petición de audiencia oral⁴⁴.

III. FONDO

25. En el documento justificativo de la apelación, Kenya afirma que en la decisión impugnada se incurrió en errores de hecho, de procedimiento y de derecho⁴⁵. La Sala de Apelaciones los abordará uno por uno, comenzando por el error de derecho.

A. Error de derecho alegado

26. La principal cuestión planteada por Kenya en relación con este motivo de apelación es la interpretación de las palabras “[e]l asunto sea objeto de una investigación [...] por un Estado que tenga jurisdicción sobre él” que figuran en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto. En particular, Kenya afirma que no es correcta la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares según la cual, para que una causa resulte inadmisibile ante la Corte, una jurisdicción nacional debe estar

presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, 21 de julio de 2011, ICC-01/09-02/11-186.

³⁷ Respuesta de la Fiscalía a la solicitud presentada en nombre del Gobierno de Kenya de autorización para replicar a la respuesta de la Fiscalía a la apelación del Gobierno de Kenya contra la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, 22 de julio de 2011, ICC-01/09-02/11-190

³⁸ Véase la decisión relativa a la solicitud presentada en nombre del Gobierno de Kenya de autorización para replicar a la respuesta de la Fiscalía a la apelación del Gobierno de Kenya contra la decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, ICC-01/09-02/11-190.

³⁹ ICC-01/09-02/11-210. La petición de audiencia oral se registró el 4 de agosto de 2011.

⁴⁰ Providencia relativa a la presentación de respuesta a la petición de audiencia oral presentada por la República de Kenya de conformidad con la subregla 3 de la regla 156, 5 de agosto de 2011, ICC-01/09-02/11-217.

⁴¹ Respuesta de la Fiscalía a la petición de audiencia oral presentada por el Gobierno de Kenya de conformidad con la subregla 3 de la regla 156, 11 de agosto de 2011, ICC-01/09-02/11-232.

⁴² Respuesta de la defensa a la petición de audiencia oral relativa a la admisibilidad presentada de conformidad con la subregla 3 de la regla 156, 11 de agosto de 2011, ICC-01/09-02/11-233.

⁴³ Respuesta a la petición de audiencia oral presentada por el Gobierno de Kenya de conformidad con la subregla 3 de la regla 156, 11 de agosto de 2011, ICC-01/09-02/11-258.

⁴⁴ Véase la decisión relativa a la petición de audiencia oral presentada de conformidad con la subregla 3 de la regla 156, ICC-01/09-02/11-251.

⁴⁵ Documento justificativo de la apelación, párr. 1.

investigando a la misma persona y por la misma conducta a que se refiere la causa que ya se ha sometida a la Corte⁴⁶.

1. Contexto procesal y parte pertinente de la decisión impugnada

27. En la impugnación de la admisibilidad ante la Sala de Cuestiones Preliminares, Kenya sostuvo que la Corte aún no había establecido auténticamente el significado de la palabra “asunto” en el párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto⁴⁷. En una nota a pie de página, Kenya sostiene que en la sentencia relativa a la apelación del Sr. Germain Katanga contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia II de 12 de junio de 2009 relativa a la admisibilidad de la causa⁴⁸ (en adelante: “la sentencia *Katanga* OA 8”), la Sala de Apelaciones había declinado pronunciarse sobre las conclusiones de otras Salas de la Corte según las cuales para que una causa resulte inadmisibile, “el procedimiento nacional debe abarcar tanto a la conducta como a la persona objeto de la causa ante la CPI”⁴⁹, el llamado criterio de “la misma persona/la misma conducta”. En opinión de Kenya, en lugar del criterio de “la misma persona/la misma conducta”, se debería aplicar a la impugnación de la admisibilidad el criterio formulado por la Sala de Cuestiones Preliminares en la decisión con arreglo al artículo 15. Según dicho criterio, los procedimientos nacionales deben “referirse a la misma conducta con respecto a personas del mismo grado jerárquico que las que son objeto de investigación por la CPI”⁵⁰. En su réplica de 16 de mayo de 2011, Kenya sostuvo además que “es necesariamente falso cualquier argumento de que *debe* haber identidad tanto de *personas* como de *materia* entre las investigaciones de un Estado y las del Fiscal de la CPI, porque el Estado puede simplemente no tener ciertas pruebas de que dispone el Fiscal de la CPI o incluso puede verse privado de ellas”⁵¹. Kenya sostuvo también que “simplemente no hay garantía alguna de que recaigan sobre un conjunto idéntico de personas las investigaciones del Estado que pretende excluir la admisibilidad ante la CPI y las del Fiscal que pretende establecerla”⁵². Kenya recordó también que, con arreglo al párrafo 5 del artículo 19 del Estatuto, las impugnaciones de la admisibilidad se deben hacer “en el primer momento adecuado [...], un

⁴⁶ Documento justificativo de la apelación, párrafos 12 iv) y 79 a 92.

⁴⁷ Impugnación de la admisibilidad, párr. 32.

⁴⁸ 25 de septiembre de 2009, ICC-01/04-01/07-1497 (OA 8), en referencia a los párrafos 81 y 82 de la sentencia *Katanga* OA 8.

⁴⁹ Impugnación de la admisibilidad, nota 20 a pie de página.

⁵⁰ Impugnación de la admisibilidad, párr. 32.

⁵¹ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 27.

⁵² Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 27.

acontecimiento «desencadenado» por la expedición de las órdenes de comparecencia contra los seis nacionales kenianos algunas semanas antes»⁵³.

28. En la decisión impugnada, la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó que tal vez Kenya hubiera entendido mal el criterio de admisibilidad⁵⁴ y explicó que las conclusiones a las que llegó en la decisión con arreglo al artículo 15 se formularon en el contexto de la autorización de una investigación en una *situación*, con relación a uno o más casos potenciales, cuando probablemente todavía no se hubiera identificado concretamente a los sospechosos⁵⁵. La Sala de Cuestiones Preliminares explicó que “el criterio es más específico cuando se trata de la determinación de la admisibilidad en la “etapa de la causa”⁵⁶. La Sala de Cuestiones Preliminares recordó que en la causa *Lubanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares I había establecido y aplicado el criterio de “la misma persona/la misma conducta” en la etapa de la causa⁵⁷. La Sala de Cuestiones Preliminares indicó además que, en la causa *Katanga*, la Sala de Apelaciones solo había declinado pronunciarse sobre el elemento “la misma conducta” del criterio, pero que se podía inferir de la sentencia de la Sala de Apelaciones que la Sala “se pronunció sobre parte del criterio, a saber, que para la determinación de la admisibilidad de una «causa» debe *por lo menos* abarcar a la «misma persona»”⁵⁸.

2. Argumentos de Kenya en la fase de apelación

29. En la fase de apelación, Kenya sostiene que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error al aplicar el criterio de “la misma persona/la misma conducta” sin tener en cuenta sus argumentos en los que sostenía que ese criterio no era correcto⁵⁹. Kenya recalca que no interpretó mal el criterio formulado en la decisión con arreglo al artículo 15 pero en su opinión dicho criterio se debería aplicar en todas las etapas del procedimiento y no solo en la etapa de la situación⁶⁰. En referencia al criterio de “la misma persona/la misma conducta”, Kenya pone de relieve que el criterio de admisibilidad no puede requerir que las mismas personas estén siendo investigadas

⁵³ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 26.

⁵⁴ Decisión impugnada, párr. 48.

⁵⁵ Decisión impugnada, párr. 50.

⁵⁶ Decisión impugnada, párr. 50.

⁵⁷ Decisión impugnada, párr. 51.

⁵⁸ Decisión impugnada, párr. 52.

⁵⁹ Documento justificativo de la apelación, párrs. 79 y 80.

⁶⁰ Documento justificativo de la apelación, párr. 82.

por la jurisdicción nacional⁶¹. Además, afirma que “[s]implemente debe haber un margen de acción para el ejercicio de la discrecionalidad en la aplicación del principio de complementariedad”, porque hay una presunción a favor de las jurisdicciones nacionales⁶². Kenya sostiene que los argumentos que presentó ante la Sala de Cuestiones Preliminares no se habían considerado aún en la jurisprudencia de la Corte⁶³ y cuestiona la afirmación de la Sala de Cuestiones Preliminares de que la Sala de Apelaciones había avalado la opinión de que se debe tratar de la misma persona que está siendo investigada por un Estado⁶⁴. Kenya dice además que sostuvo ante la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal, al realizar investigaciones preliminares con respecto a otras situaciones, consideró que “el funcionamiento y la capacidad del sistema nacional como un todo era el factor determinante para que decidiera si debía intervenir o no”, argumentos que la Sala de Cuestiones Preliminares no contempló⁶⁵.

3. *Argumentos del Sr. Ali en la fase de apelación.*

30. El Sr. Ali concuerda con los argumentos de Kenya según los cuales la “Sala de Cuestiones Preliminares determinó incorrectamente que era aplicable el criterio de «la misma persona/la misma conducta»”.⁶⁶ El Sr. Ali sostiene que “en ninguna de las decisiones de las Salas se cita ninguna fuente autorizada respecto del criterio de «la misma persona/la misma conducta»” y que como tal el “criterio es incompatible con los objetos y el fin del Estatuto”⁶⁷.

4. *Argumentos del Fiscal en la fase de apelación*

31. El Fiscal discrepa con el argumento de Kenya de que la Sala de Cuestiones Preliminares no contempló sus argumentos sobre cuál era el criterio que se debía aplicar. El Fiscal afirma que la Sala de Cuestiones Preliminares contempló explícita y correctamente dichos argumentos al señalar que el criterio formulado en la decisión con arreglo al artículo 15 “se elaboró para el propósito específico y limitado de determinar la admisibilidad *en la etapa de la situación*”⁶⁸. El Fiscal argumenta que el artículo 17 del Estatuto “regula el modo en que la Corte debe determinar qué foro

⁶¹ Documento justificativo de la apelación, párr. 84.

⁶² Documento justificativo de la apelación, párr. 43.

⁶³ Documento justificativo de la apelación, párr. 85.

⁶⁴ Documento justificativo de la apelación, párr. 87.

⁶⁵ Documento justificativo de la apelación, párr. 89.

⁶⁶ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 35.

⁶⁷ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 39.

⁶⁸ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 75.

debe proceder cuando tanto la CPI como un Estado están ejerciendo concomitantemente competencia con respecto a un caso determinado”⁶⁹. Sostiene que Kenya “no contempla la posibilidad de que la Corte y el Estado pertinente ejerzan concomitantemente sus jurisdicciones sobre diferentes sospechosos por crímenes surgidos a raíz de los mismos sucesos”⁷⁰. Además, el Fiscal sostiene que el criterio de “la misma persona/la misma conducta” está respaldado por el texto del Estatuto y por la historia de su redacción⁷¹.

5. *Observaciones de las víctimas*

32. Las víctimas respaldan totalmente los argumentos del Fiscal relativos al criterio de “la misma persona/la misma conducta”. Argumentan que el “criterio no obliga a las autoridades nacionales a enjuiciar ni condenar a una persona determinada [...], sino que las obliga a llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento auténticos con respecto a dicha persona”⁷².

6. *Determinación de la Sala de Apelaciones*

33. La Sala de Cuestiones Preliminares aplicó en la decisión impugnada el criterio de “la misma persona/la misma conducta” para decidir si la causa era admisible con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto. La Sala de Cuestiones Preliminares observó que en la sentencia *Katanga* OA 8, la Sala de Apelaciones había declinado pronunciarse sobre si era o no correcto el elemento “la misma conducta” del criterio de “la misma persona/la misma conducta”, porque esa cuestión no era decisiva para resolver esa apelación⁷³. La Sala de Cuestiones Preliminares dijo también que la Sala de Apelaciones solo había declinado pronunciarse sobre el elemento “la misma conducta” del criterio y que “la Sala de Cuestiones Preliminares puede claramente inferir que la Sala de Apelaciones se pronunció sobre parte del criterio, a saber, que la determinación de la admisibilidad de una «causa» debe *por lo menos* abarcar a la «misma persona»”⁷⁴.

34. La Sala de Apelaciones observa que en la sentencia *Katanga* OA 8, tanto el asunto presentado ante la Corte como el asunto investigado por la República

⁶⁹ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 82.

⁷⁰ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 87.

⁷¹ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párrs. 92 a 102.

⁷² Observaciones de las víctimas, párr. 43.

⁷³ Decisión impugnada, párr. 52, haciendo referencia a la sentencia *Katanga* OA 8, párr. 81.

⁷⁴ Decisión impugnada, párr. 52.

Democrática del Congo se referían a la misma persona, a saber, el Sr. Katanga. Por lo tanto, la Sala de Apelaciones no tuvo que considerar si el asunto debe *siempre* referirse a la misma persona. Por consiguiente, la Sala de Apelaciones todavía no se ha pronunciado sobre la validez del elemento “la misma persona” del criterio y aborda esta cuestión por primera vez en la presente apelación.

35. El artículo 17 del Estatuto estipula en los apartados pertinentes lo siguiente:

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) [...].

36. El artículo 17 estipula las condiciones sustantivas con arreglo a las cuales una causa es inadmisibile ante la Corte. Hace efectivo el principio de complementariedad (párrafo décimo del preámbulo y artículo 1 del Estatuto), según el cual la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones nacionales”. Por lo tanto, los Estados tienen la responsabilidad primordial de ejercer la jurisdicción penal y la Corte no los reemplaza sino que los complementa a ese respecto. En los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 17 se regula la forma de resolver los conflictos de jurisdicciones entre la Corte, por un lado, y una jurisdicción nacional, por otro. Por consiguiente, con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 17, primera alternativa, no se trata únicamente de una cuestión de “investigación” en abstracto, sino de si el *mismo asunto* está siendo objeto de investigación por parte de la Corte y una jurisdicción nacional.

37. Debe observarse también que el artículo 17 se aplica no solo a la determinación de la admisibilidad de una causa concreta (artículo 19 del Estatuto), sino también a las decisiones preliminares relativas a la admisibilidad (artículo 18 del Estatuto). De

conformidad con la subregla 2 de la regla 55 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, cuando la Sala de Cuestiones Preliminares dicte una decisión preliminar relativa a la admisibilidad, “tendrá en cuenta los factores indicados en el artículo 17 al decidir si autoriza una investigación”. Los factores enumerados en el artículo 17 también son pertinentes para la decisión del Fiscal de iniciar una investigación con arreglo al párrafo 1 del artículo 53 del Estatuto, o de solicitar autorización para llevar a cabo una investigación de oficio con arreglo al artículo 15, así como para la decisión de continuar con un enjuiciamiento con arreglo al párrafo 2 del artículo 53 del Estatuto.

38. Por consiguiente, el significado de las palabras el “asunto sea objeto de una investigación” en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto debe entenderse en el contexto en el que se aplique. A los efectos de los procedimientos relacionados con la iniciación de una investigación de una situación (artículo 15 y párrafo 1 del artículo 53 del Estatuto), la estructura de los posibles asuntos se presentará a menudo de forma relativamente vaga, porque las investigaciones del Fiscal se encuentran en las etapas iniciales. Lo mismo se aplica a las impugnaciones preliminares de la admisibilidad con arreglo al artículo 18 del Estatuto. Es frecuente que en esta etapa aún no se haya individualizado a ningún sospechoso y que no se haya determinado con claridad una conducta ni su tipificación jurídica. La relativa vaguedad de la estructura de los posibles asuntos en las actuaciones referentes al artículo 18 se refleja también en la subregla 1 de la regla 52 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que habla de la “información” que debe contener la notificación del Fiscal a los Estados “sobre los actos que puedan constituir los crímenes a que se refiere el artículo 5 y que sea pertinente a los efectos del párrafo 2 del artículo 18”.

39. En cambio, el artículo 19 del Estatuto se refiere a la admisibilidad de causas concretas. Las causas se definen por la orden de detención o la orden de comparecencia expedidas con arreglo al artículo 58, o por los cargos presentados por el Fiscal y confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al artículo 61. Para que se expida una orden de detención o una orden de comparecencia, el artículo 58 exige que haya motivo razonable para creer que la persona nombrada en la orden ha cometido un crimen de la competencia de la Corte. Análogamente, con arreglo a la norma 52 del Reglamento de la Corte, el documento en que se formulan

los cargos debe incluir el nombre de la persona a la que se le imputan, así como las imputaciones que se le hacen. El apartado c) del párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 3 del artículo 20 del Estatuto estipulan que la Corte no puede procesar a una persona por la misma conducta por la que fue procesada en un tribunal nacional, a menos que se cumplan los requisitos de los apartados a) o b) del párrafo 3 del artículo 20 del Estatuto⁷⁵. Así pues, los elementos definitorios de una causa concreta ante la Corte son la persona y la conducta alegada. De ello se desprende que, para que una causa sea inadmisibile con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto, la investigación nacional debe comprender a la misma persona y a una conducta sustancialmente igual a las que son objeto del procedimiento ante la Corte.

40. La impugnación de la admisibilidad que dio lugar a la presente apelación se presentó con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto en relación con una causa en la que se había emitido una orden de comparecencia contra determinados sospechosos por una determinada conducta. Por consiguiente, en lo que se refiere a la presente apelación, el “asunto” al que se hace referencia en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 es el asunto tal como se define en la orden de comparecencia. La presente causa solo es inadmisibile ante la Corte si Kenya está investigando a los mismos sospechosos por una conducta sustancialmente igual. Las palabras “sea objeto de una investigación”, en este contexto, se refieren la aplicación de medidas dirigidas a determinar si *esos sospechosos* son responsables de esa conducta, por ejemplo, entrevistando a testigos o sospechosos, recogiendo pruebas documentales o llevando a cabo análisis forenses⁷⁶. No es suficiente que simplemente se esté preparado para aplicar tales medidas o se esté investigando a *otros* sospechosos. Esto es así porque, a menos que se estén realmente aplicando medidas de investigación en relación con los sospechosos que son objeto del procedimiento ante la Corte, no se puede decir que el *mismo asunto* sea (actualmente) objeto de investigación por la Corte y por una jurisdicción nacional y, por lo tanto, no hay

⁷⁵ Véase también el párrafo 1 del artículo 90 del Estatuto, que regula el procedimiento aplicable cuando un Estado recibe una solicitud de la Corte relativa a la entrega de una persona y una solicitud de otro Estado “relativa a la extradición de la misma persona por la misma conducta que constituya la base del crimen en razón del cual la Corte ha pedido la entrega”.

⁷⁶ Véase J. Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pág. 203. Stigen observa que “debe haber un examen con cierto grado de detalle que refleje un grado suficiente de rigurosidad. De no ser así, se considerará inacción”. Véase también C. Cárdenas, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005), pág. 58.

conflicto de jurisdicciones. No obstante, es necesario recalcar que la determinación de la existencia de una investigación debe distinguirse de la apreciación de si el Estado “no est[á] dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pued[e] realmente hacerlo”, que es la segunda cuestión que ha de considerarse para determinar la admisibilidad de una causa⁷⁷. Para evaluar si el Estado está realmente llevando a cabo investigaciones, lo que se pone en cuestión no es la autenticidad de la investigación, sino si se han realizado indagaciones concretas.

41. No es aceptable el argumento de Kenya de que “no puede ser correcto que, para que se mantenga la jurisdicción del Estado en toda circunstancia, en toda situación y en toda causa que pueda plantearse ante la CPI, las personas que son objeto de investigación por parte del Fiscal deban ser exactamente las mismas que son objeto de investigación por parte del Estado”⁷⁸. Dicho argumento hace caso omiso del hecho de que el procedimiento ha avanzado y ya se ha individualizado a determinados sospechosos. En esta etapa del procedimiento, cuando ya se han emitido órdenes de comparecencia, la cuestión ya no es si Kenya está investigando a sospechosos situados en el mismo nivel jerárquico, sino si los mismos sospechosos son objeto de investigación por ambas jurisdicciones por una conducta sustancialmente igual.

42. Kenya procura rebatir esa conclusión sugiriendo que tal vez una jurisdicción nacional no siempre tenga las mismas pruebas que el Fiscal y por lo tanto pueda no estar investigando a los mismos sospechosos que la Corte⁷⁹. Este argumento no es convincente por dos razones. Primero, si un Estado no investiga a un determinado sospechoso por falta de pruebas, entonces simplemente no hay conflicto de jurisdicciones ni razón por la cual la causa sea inadmisibile ante la Corte. Segundo, lo pertinente para la admisibilidad de una causa concreta con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 y al artículo 19 del Estatuto no es si el Fiscal y el Estado poseen las mismas pruebas, sino si el Estado está aplicando medidas para determinar

⁷⁷ Como la Sala de Apelaciones explicó en la sentencia *Katanga* OA 8, párr. 78, “al considerar si una causa es inadmisibile con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto, las preguntas iniciales que deben formularse son 1) si hay investigaciones o enjuiciamientos en curso o 2) si ha habido investigaciones en el pasado y el Estado que tiene jurisdicción ha decidido no enjuiciar a la persona de que se trata. Es solo cuando las respuestas a dichas preguntas son afirmativas que corresponde considerar las segundas partes de los apartados a) y b) y examinar la cuestión relativa a la falta de capacidad o de voluntad”.

⁷⁸ Documento justificativo de la apelación, párr. 43.

⁷⁹ Documento justificativo de la apelación, párr. 83, citando la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párrs. 27 y 28.

si esos sospechosos son responsables de una conducta sustancialmente igual a la que es objeto del procedimiento ante la Corte.

43. Kenya argumenta también que debería haber “un margen de acción para el ejercicio de la discrecionalidad en la aplicación del principio de complementariedad”⁸⁰ para permitir que continúen los procedimientos nacionales. Este argumento es infundado porque, como se explicó *supra*, la finalidad de los procedimientos relativos a la admisibilidad con arreglo al artículo 19 del Estatuto es determinar si la causa remitida por el Fiscal es inadmisibile debido a un conflicto jurisdiccional. A menos que exista dicho conflicto, la causa es admisible. La sugerencia de que debería haber una presunción a favor de las jurisdicciones nacionales⁸¹ no contradice esta conclusión. Los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto amparan ciertamente a las jurisdicciones nacionales, pero siempre que haya realmente investigaciones o enjuiciamientos a nivel nacional, o los haya habido. Si el sospechoso o la conducta no han sido investigados por la jurisdicción nacional, no existe base jurídica para que la Corte determine que la causa es inadmisibile.

44. Además, el procedimiento para determinar la admisibilidad de una causa concreta con arreglo al artículo 19 del Estatuto es solo un aspecto del principio de complementariedad. La preocupación planteada por Kenya acerca del ejercicio de su jurisdicción penal y de la protección de su soberanía ha sido tomada en consideración en el procedimiento previsto en los artículos 15, 53, 18 y 19 del Estatuto. No obstante, con arreglo al artículo 19, la atención se centra en una causa concreta que es objeto de un procedimiento ante la Corte. Por dicha razón, la referencia de Kenya al minucioso examen preliminar del Fiscal en relación con otras situaciones⁸² no es convincente: simplemente, los procedimientos relacionados con dichas situaciones están en una etapa diferente de la del procedimiento en la presente causa.

45. Análogamente, también es infundado el argumento de que una vez emitida la orden de comparecencia, Kenya se vio obligada, con arreglo al párrafo 5 del artículo 19 del Estatuto, a presentar la impugnación de la admisibilidad “lo antes posible” y, por lo tanto, no se podía “esperar que hubiera preparado con todo detalle cada uno de

⁸⁰ Documento justificativo de la apelación, párr. 43.

⁸¹ Documento justificativo de la apelación, párr. 43.

⁸² Documento justificativo de la apelación, párrs. 89 a 91.

los aspectos de su impugnación de la admisibilidad antes de esa fecha”⁸³. El párrafo 5 del artículo 19 del Estatuto requiere que un Estado impugne la admisibilidad lo antes posible, una vez que esté en condiciones de plantear realmente un conflicto de jurisdicciones⁸⁴. La disposición no exige que un Estado impugne la admisibilidad solo porque la Corte ha emitido una orden de comparecencia.

46. Por consiguiente, la Sala de Apelaciones considera que, habida cuenta de la etapa específica a la que ha llegado el procedimiento, el criterio de “la misma persona/la misma conducta” que aplicó la Sala de Cuestiones Preliminares fue el criterio correcto. Así pues, la Sala de Cuestiones Preliminares no incurrió en error de derecho.

B. Errores de hecho alegados

47. En relación con este motivo de apelación, Kenya sostiene que la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que no se estaban llevando a cabo investigaciones en Kenya con respecto a los sospechosos de la CPI, debido a la “falta de información que corrobore la objeción del Gobierno de Kenya de que había investigaciones *en curso* contra los [...] sospechosos «hasta el momento en que la parte presentó su réplica»”⁸⁵ fue irrazonable “a la luz de la información proporcionada por Kenya a la Sala de Cuestiones Preliminares II”⁸⁶. Específicamente, Kenya alega que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error en su apreciación de los anexos presentados por Kenya; que la Sala de Cuestiones Preliminares hizo inferencias ilógicas a partir de la propuesta de Kenya de proporcionar informes de investigación actualizados, y que fue parcial. Esas alegaciones se analizarán una por una.

1. Supuesto error en la apreciación de los anexos presentados por Kenya

48. El Gobierno de Kenya sostiene que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error en su apreciación de los anexos que había presentado⁸⁷.

⁸³ Documento justificativo de la apelación, párr. 83, citando la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párrs. 27 y 28.

⁸⁴ Obsérvense también las restricciones a las impugnaciones de la admisibilidad que figuran en el párrafo 4 del artículo 19 del Estatuto.

⁸⁵ Documento justificativo de la apelación, párr. 4, refiriéndose a la decisión impugnada, párr. 66.

⁸⁶ Documento justificativo de la apelación, párr. 5.

⁸⁷ Documento justificativo de la apelación, párrs. 53 a 58.

a) Contexto procesal y parte pertinente de la decisión impugnada

49. Para justificar su impugnación de la admisibilidad ante la Sala de Cuestiones Preliminares, Kenya adjuntó 22 anexos a su presentación de anexos de 21 de abril de 2011 y siete anexos a la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011. Tras examinar esos 29 anexos, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que Kenya “se basaba principalmente en acciones de reforma judicial y en promesas de futuras actividades de investigación. Al mismo tiempo, aunque argumentó que había iniciativas en curso, no presentó pruebas concretas de tales medidas”⁸⁸. En particular, la Sala de Cuestiones Preliminares solo consideró que los anexos 1⁸⁹ y 3⁹⁰, adjuntos a la presentación de anexos de 21 de abril de 2011 (en adelante: “el Anexo 1” y “el Anexo 3”, respectivamente), así como el Anexo 2⁹¹, adjunto a la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011 (en adelante: “el Anexo 2”) eran directamente pertinentes para el proceso de investigación en Kenya⁹².

50. Con respecto al Anexo 3 (un informe sobre la marcha de los trabajos presentado al Fiscal General por el Procurador General en marzo de 2011, en el que se resumen y enumeran los asuntos y las investigaciones que se llevaron a cabo en relación con la violencia postelectoral), la Sala de Cuestiones Preliminares observó que, empero, “[e]n ninguna parte de dicho informe se mencionan en lo más mínimo los nombres de uno o más de los tres sospechosos que son objeto del procedimiento ante la Corte”⁹³. Con respecto al Anexo 1 (una carta de 14 de abril de 2011 dirigida al Comisionado de Policía de Kenya por el Fiscal General, encomendándole investigar a todos los sospechosos que estaban ante la Corte), la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que “esa carta deja en claro que cuando Kenya presentó la [impugnación de la admisibilidad], afirmando que estaba investigando la causa que la Corte tenía ante sí, en realidad aún no había investigaciones *en curso*”⁹⁴. Con respecto al Anexo 2 (un informe del Director de Investigaciones Criminales de Kenya de 5 de mayo de 2011 en el que, entre otras cosas, se mencionaba que había una causa pendiente contra el Sr. Ruto), la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que “[a]unque la información

⁸⁸ Decisión impugnada, párr. 60.

⁸⁹ Presentación de anexos de 21 de abril de 2011, Anexo 1.

⁹⁰ Presentación de anexos de 21 de abril de 2011, Anexo 3.

⁹¹ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, Anexo 2.

⁹² Decisión impugnada, párr. 60.

⁹³ Decisión impugnada, párr. 61.

⁹⁴ Decisión impugnada, párr. 62.

contenida en [el Anexo 1 y el Anexo 2] revela que se impartieron instrucciones de investigar a los tres sospechosos [...] el Gobierno de Kenya no proporciona a la Sala detalle alguno con respecto a las medidas de investigación *en curso* que afirma haber emprendido”⁹⁵.

b) Argumentos de Kenya en la fase de apelación

51. En la fase de apelación, Kenya sostiene que la Sala de Cuestiones Preliminares centró indebidamente la atención en el Anexo 3, que era “uno de los principales informes que la Policía Nacional de Kenya había estado analizando”⁹⁶ y que se presentó “como medio de que la información de antecedentes fuese completa”⁹⁷ dentro de la estrategia estructurada de abajo a arriba que aplicaba Kenya. Sostiene Kenya que nunca alegó que en el Anexo 3 se mencionara a ninguno de los sospechosos y que, al basarse en ese punto obvio, la Sala de Cuestiones Preliminares “pas[ó] totalmente por alto la posibilidad de que el Gobierno de Kenya, a pesar de actuar de buena fe, tal vez simplemente no tuviera ninguna prueba condenatoria relativa a alguno de los [...] sospechosos o a todos ellos”⁹⁸. Además, Kenya controvierte la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que el Anexo 1 y el Anexo 2 solo muestran que “se impartieron instrucciones de investigar”⁹⁹. Kenya afirma que en el Anexo 2 se dice que “hay una causa *pendiente* (expediente 10/2008) contra uno de los sospechosos, el Sr. Ruto, y que se está llevando a cabo una investigación sobre todos [...] los sospechosos”¹⁰⁰ y que “la investigación dirigida específicamente contra los [...] sospechosos ha estado en marcha desde el momento en que el Fiscal de la CPI hizo públicos sus nombres”¹⁰¹. Asimismo, Kenya sostiene que en su réplica de 16 de mayo de 2011 proporcionó información detallada sobre las medidas de investigación que se estaban aplicando, pero que la Sala de Cuestiones Preliminares no la mencionó¹⁰². Kenya opina que si se hubiera considerado esa

⁹⁵ Decisión impugnada, párr. 64.

⁹⁶ Documento justificativo de la apelación, párr. 55.

⁹⁷ Documento justificativo de la apelación, párr. 54.

⁹⁸ Documento justificativo de la apelación, párr. 55.

⁹⁹ Documento justificativo de la apelación, párr. 56.

¹⁰⁰ Documento justificativo de la apelación, párr. 56. El Sr. Ruto es uno de los tres sospechosos en la causa ICC-01/09-01/11 que también está pendiente ante la CPI.

¹⁰¹ Documento justificativo de la apelación, párr. 57.

¹⁰² Documento justificativo de la apelación, párr. 5.

información, habría sido “imposible llegar a la conclusión [...] de que hay «inactividad»”¹⁰³.

c) Argumentos del Sr. Ali en la fase de apelación

52. El Sr. Ali apoya los argumentos formulados por Kenya¹⁰⁴. Argumenta que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error al aplicar “un criterio probatorio de nivel indebidamente elevado a las declaraciones presentadas por Kenya¹⁰⁵. En particular, el Sr. Ali sostiene que “la exigencia de que un Estado parte suministre detalles específicos de las conclusiones de sus investigaciones antes de que dichas conclusiones se hayan presentado ante las autoridades judiciales [de Kenya] es una medida sumamente invasiva que va más allá de los parámetros de un adecuado pronunciamiento sobre una impugnación de la admisibilidad”¹⁰⁶.

d) Argumentos del Fiscal en la fase de apelación

53. El Fiscal sostiene que la información presentada a la Sala de Cuestiones Preliminares, y en particular los Anexos 1, 2 y 3, “constituyen pruebas de que los sospechosos *no* habían sido objeto de investigación antes de la presentación de la [impugnación de la admisibilidad]”¹⁰⁷. Con respecto al Anexo 3, el Fiscal “sostiene que, como este importante informe sobre las investigaciones y los enjuiciamientos de los casos de violencia postelectoral no contenía referencia alguna a los sospechosos, fue razonable que la Sala de Cuestiones Preliminares infiriera que no se había llevado a cabo ninguna investigación contra ellos, al menos hasta marzo de 2011”¹⁰⁸. Además, el Fiscal sostiene que el Anexo 1, “[i]ncluso tomado de la manera más favorable [...] solo indica que el Fiscal General impartió la instrucción de comenzar una investigación que incluyera a los sospechosos 14 días después de la presentación de la impugnación ante la Corte”¹⁰⁹. En cuanto al Anexo 2, el Fiscal sostiene que, si las “investigaciones se hubieran realizado antes del 5 de mayo de 2011, como alega [Kenya], esas instrucciones carecerían de sentido, a pesar de la declaración contenida en el mismo informe en que se basa [Kenya] según la cual «el equipo está

¹⁰³ Documento justificativo de la apelación, párr. 6.

¹⁰⁴ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 13.

¹⁰⁵ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 20.

¹⁰⁶ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 22.

¹⁰⁷ Respuesta del Fiscal a los documentos justificativos de las apelaciones, párr. 46.

¹⁰⁸ Respuesta del Fiscal a los documentos justificativos de las apelaciones, párr. 51.

¹⁰⁹ Respuesta del Fiscal a los documentos justificativos de las apelaciones, párr. 47.

actualmente sobre el terreno realizando las investigaciones de acuerdo con lo dispuesto»¹¹⁰.

e) Observaciones de las víctimas

54. En relación con el Anexo 3, las víctimas comparten las opiniones del Fiscal¹¹¹. Además, con respecto al Anexo 1, las víctimas observan que la carta de 14 de abril de 2011 parece haber simplemente “iniciado, desencadenado o autorizado las investigaciones contra los acusados”¹¹², como argumentó originalmente Kenya en su impugnación de la admisibilidad. Sin embargo, observan que en la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, y en particular en el Anexo 2, “se da una versión diferente, aunque igualmente ambigua, de la génesis y el estado actual de la investigación”¹¹³. En el Anexo 2 se indica que, después de que el Fiscal de la CPI dio los nombres de los sospechosos, “[e]l Comisionado de Policía encomendó de nuevo al equipo de investigadores llevar a cabo investigaciones exhaustivas sobre los seis sospechosos de Ocampo, así como sobre otros ciudadanos de alto rango”¹¹⁴ (sin cursiva ni subrayado en el original). En opinión de las víctimas, esto implica que Kenya había investigado a los sospechosos antes del 14 de abril de 2011, lo que indica un cambio en la postura original de Kenya¹¹⁵. Por lo tanto, las víctimas cuestionan “la validez de esa afirmación” y “en general, la fiabilidad de las afirmaciones del Gobierno sobre las investigaciones”¹¹⁶.

f) Determinación de la Sala de Apelaciones

55. En lo referente al error de hecho alegado, la Sala de Apelaciones determinó en decisiones anteriores que la revisión que lleva a cabo es correctiva y no entraña un examen *de novo*. Por lo tanto, no interferirá a menos que se demuestre que la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia cometió un claro error, consistente en que apreció erróneamente los hechos, tuvo en cuenta hechos no pertinentes o no tuvo en cuenta hechos pertinentes¹¹⁷. En lo tocante a la “apreciación

¹¹⁰ Respuesta del Fiscal a los documentos justificativos de las apelaciones, párr. 48.

¹¹¹ Observaciones de las víctimas, párr. 13.

¹¹² Observaciones de las víctimas, párr. 14.

¹¹³ Observaciones de las víctimas, párr. 28.

¹¹⁴ Observaciones de las víctimas, párr. 28.

¹¹⁵ Observaciones de las víctimas, párr. 15.

¹¹⁶ Observaciones de las víctimas, párr. 15.

¹¹⁷ *El Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II relativa a la puesta en libertad provisional de Jean-Pierre Bemba Gombo y a la celebración de audiencias con el Reino de Bélgica, la República

errónea de los hechos”, la Sala de Apelaciones no alterará la evaluación de los hechos de una Sala de Cuestiones Preliminares o de Primera Instancia solo porque la Sala de Apelaciones pudiera haber llegado a una conclusión diferente. Únicamente interferirá en la causa cuando no pueda discernir cómo podría la Sala haber llegado razonablemente a su conclusión sobre la base de las pruebas que tuvo ante sí¹¹⁸.

56. Por lo tanto, en la presente apelación, a menos que se hayan demostrado los claros errores mencionados, la Sala de Apelaciones se atenderá a la conclusión de hecho de la Sala de Cuestiones Preliminares de que no se había probado que Kenya estuviera realmente investigando a los tres sospechosos.

57. La Sala de Apelaciones observa que Kenya afirmó ante la Sala de Cuestiones Preliminares que estaba investigando a todos los sospechosos con respecto a los cuales se habían emitido órdenes de comparecencia. Aunque esta afirmación era relativamente vaga en la impugnación de la admisibilidad¹¹⁹, Kenya la desarrolló en la presentación de 21 de abril de 2011¹²⁰.

58. Las afirmaciones más específicas se hicieron en la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, donde afirmó en relación con los sospechosos lo siguiente:

Portuguesa, la República Francesa, la República Federal de Alemania, la República Italiana y la República de Sudáfrica, 2 de diciembre de 2009, ICC-01/05-01/08-631-Red (OA 2), párr. 61, citando la causa de *El Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia relativa a la apelación de Mathieu Ngudjolo Chui de 27 de marzo de 2008 contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I relativa a la solicitud de libertad provisional presentada por el apelante, 9 de junio de 2008, ICC-01/04-01/07-572 (OA 4), párr. 25; véase también *El Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia relativa a la apelación del Sr. Jean-Pierre Bemba Gombo contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares III titulada “Decisión relativa a la solicitud de libertad provisional”, 16 de diciembre de 2008, ICC-01/05-01/08-323 (OA), párr. 52.

¹¹⁸ *El Fiscal c. Callixte Mbarushimana*, sentencia relativa a la apelación del Sr. Callixte Mbarushimana contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 19 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la petición de libertad provisional formulada por la defensa”, 14 de julio de 2011, ICC-01/04-01/10-283 (OA), párrs. 1 y 17.

¹¹⁹ En la impugnación de la admisibilidad, el Gobierno de Kenya afirmó en el párrafo 69 lo siguiente: “El Gobierno reconoce que la investigación de todos los casos, incluidos los que están actualmente ante la CPI, progresará con la mayor efectividad cuando se haga el nombramiento del nuevo [Director de Acusaciones Públicas], que se espera concluir de acuerdo con las disposiciones de la Constitución a finales de mayo de 2011”. En el párrafo 71, el Gobierno de Kenya afirmó lo siguiente: “A finales de julio de 2011 se presentará un informe actualizado sobre el estado de las investigaciones y el modo en que éstas abarcan hasta los niveles más elevados y a todos los casos, incluidos los que se encuentran actualmente ante la CPI”.

¹²⁰ En la presentación de anexos, párrafos 2 y 3, el Gobierno de Kenya dice lo siguiente: “2. [...] Como se explicó en la [impugnación de la admisibilidad], siguen en curso varios procesos de investigación. Se han producido más adelantos con respecto a dichas investigaciones nacionales, incluidas las investigaciones sobre los seis sospechosos que están actualmente ante la CPI. [...] 3. Estos materiales prueban que se están llevando a cabo investigaciones nacionales. Respaldan la [impugnación de la admisibilidad], pues demuestran que el Gobierno está investigando las dos causas que se encuentran actualmente ante la CPI, que por lo tanto resultan inadmisibles ante la CPI con arreglo al artículo 19”.

Las autoridades de Kenya han estado llevando a cabo desde poco después de la violencia postelectoral una investigación que comprendía a los seis sospechosos; actualmente la investigación tiene como uno de sus centros de atención a los seis sospechosos¹²¹.

59. El Gobierno de Kenya también explicó, en lo que describió como los “antecedentes completos de las actuales investigaciones contra los seis sospechosos” lo siguiente:

Se investigaron todas las alegaciones y se consideraron todas las pruebas que surgieron en relación con cualquier persona, incluidos los seis sospechosos. Ello está confirmado por el hecho de que se abrió un expediente contra uno de los seis sospechosos en razón de las declaraciones de testigos tomadas por el equipo. En el momento, siguieron llevándose a cabo investigaciones sobre la base de esas pruebas. (El expediente continúa abierto, pues se siguen buscando otros posibles testigos, junto con las investigaciones que actualmente se llevan a cabo con respecto a los seis sospechosos [...]). Si por entonces el equipo hubiera contado con suficientes pruebas a disposición sobre cualquier otro de los sospechosos, se habrían abierto otros expedientes¹²².

Cuando el Fiscal hizo públicos los nombres de los seis sospechosos, se asignó inmediatamente al equipo del Departamento de Investigaciones Criminales y de la Dirección de Acusaciones Públicas [en adelante, el equipo DIC/DAP] la tarea de investigar a dichas personas [...]. Algunas de las personas nombradas por el Fiscal sorprendieron al equipo DIC/DAP, pues no se había abierto ningún expediente nacional en relación con ellas, ya que no habían aparecido pruebas que justificaran dicha acción. No obstante, el Comisionado de Policía envió de nuevo a investigadores sobre el terreno para hacer averiguaciones sobre los seis sospechosos. Como resultado, existe un expediente sobre los seis sospechosos y las investigaciones están en curso actualmente¹²³.

60. En una sección titulada “La investigación actual”, Kenya informó que “[e]l Comisionado de Policía ha[bía] confirmado que, a fin de proporcionar la información más actualizada posible para esta réplica, el equipo DIC/DAP est[aba] actualmente investigando de forma exhaustiva a los seis sospechosos” y enumeró de modo concreto las “acciones de investigación” específicas “en curso”¹²⁴.

61. La Sala de Cuestiones Preliminares determinó que esas afirmaciones eran en sí mismas insuficientes para establecer que había una investigación en curso y requirió pruebas que demostraran que Kenya estaba tomando medidas específicas para

¹²¹ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 31.

¹²² Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 50.

¹²³ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 52.

¹²⁴ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 56.

investigar a los tres sospechosos¹²⁵. La Sala de Apelaciones no puede encontrar error alguno en ese enfoque. Como se explicó en el párrafo 39 *supra*, para que la impugnación de la admisibilidad de un caso sea de recibo con arreglo a la primera alternativa del apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 y al artículo 19 del Estatuto, el mismo asunto que está ante la Corte debe ser objeto de investigación por un Estado, esto es, el Estado debe tomar medidas encaminadas a determinar si los sospechosos son responsables de una conducta sustancialmente igual a la alegada en el procedimiento ante la Corte. Como también reconoce Kenya, el Estado que impugna la admisibilidad de una causa tiene la carga de la prueba de demostrar que la causa es inadmisibile¹²⁶. Para liberarse de dicha carga, el Estado debe proporcionar a la Corte pruebas que tengan un grado de especificidad y valor probatorio suficiente para demostrar que realmente está investigando el caso. No basta simplemente con afirmar que hay investigaciones en curso. Como sostuvo anteriormente la Sala de Apelaciones, aunque en un contexto diferente:

[U]n principio esencial del estado de derecho es que las decisiones judiciales se deben basar en hechos establecidos por pruebas. Proporcionar pruebas para corroborar una alegación es un distintivo primordial de los procedimientos judiciales; los tribunales no basan sus decisiones en impulsos, intuiciones, conjeturas o meras simpatías o emociones. Si así fuera, ello conduciría a la arbitrariedad y sería antitético al estado de derecho¹²⁷.

62. Son insostenibles las afirmaciones de Kenya de que “[e]l artículo 17 no requiere que se proporcionen a la Corte los detalles de una investigación”¹²⁸ y que “las declaraciones de los Estados Partes tienen que ser respetadas y deben presumirse exactas y realizadas de buena fe, a menos que haya *pruebas concluyentes* que demuestren lo contrario”¹²⁹. Como correctamente señala el Fiscal, “la declaración de un Gobierno de que está *investigando activamente* no es [...] determinante. En tal

¹²⁵ Decisión impugnada, párrs. 60 a 65.

¹²⁶ Véase la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 61, donde se dice que “[e]l Gobierno de Kenya está de acuerdo con lo expuesto en el párrafo 12 de la respuesta de la Fiscalía en el sentido de que la parte que impugna la admisibilidad tiene la carga de demostrar que la causa es inadmisibile” [Nota a pie de página omitida].

¹²⁷ Véase en la *Situación de Uganda* la sentencia relativa a las apelaciones de la Defensa contra las decisiones tituladas “Decisión relativa a las solicitudes de participación de las víctimas a/0010/06, a/0064/06 a a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 a a/0089/06, a/0091/06 a a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 a a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 a a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 y a/0123/06 a a/0127/06”, 23 de febrero de 2009, ICC-02/04-179 (OA) e ICC-02/04-01/05-371 (OA 2), párr. 36.

¹²⁸ Documento justificativo de la apelación, párr. 6

¹²⁹ Documento justificativo de la apelación, párr. 8.

caso, el Gobierno debe confirmar su declaración con pruebas tangibles que demuestren que está realmente llevando a cabo investigaciones pertinentes”¹³⁰. En otras palabras, debe haber elementos con valor probatorio.

63. Volviendo a la evaluación hecha por la Sala de Cuestiones Preliminares de los anexos que presentó Kenya y a la cuestión de si dicha evaluación revela un claro error, la Sala de Apelaciones observa que la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que los Anexos 1, 2 y 3 eran los más pertinentes¹³¹. El Anexo 3 es “un informe sobre la marcha de los trabajos en el que se incluyen datos sobre casos de violencia postelectoral en seis provincias”¹³². La Sala de Cuestiones Preliminares consideró que “[e]n ninguna parte de dicho informe se mencionan en lo más mínimo los nombres de uno o más de los tres sospechosos”¹³³. El Anexo 1 es una carta de 14 de abril de 2011 dirigida al Comisionado de Policía por el Fiscal General de Kenya. El Fiscal General encomendó al Comisionado de Policía que, entre otras cosas, “investig[ara] a todas las personas contra las que [hubiera] alegaciones de participación en la violencia postelectoral, *incluidas las seis personas que son objeto del procedimiento actualmente en curso ante la Corte Penal Internacional*”¹³⁴ (sin cursiva en el original). El Anexo 2 es el informe sobre la marcha de los trabajos dirigido el 5 de mayo de 2011 al Procurador General por el Director del Departamento de Investigaciones Criminales (en adelante: “el DIC”), en el que se indica, entre otras cosas, lo siguiente:

Algunas de las causas prominentes pendientes son: - Expediente de investigación DIC Nakuru n° 10/2008. El sospechoso de esta investigación es el Honorable William Samoei Ruto, que hasta hace poco fue Ministro de Agricultura. Según las alegaciones, el Ministro, junto con otros miembros de la comunidad Kalenjin, incitó a jóvenes de dicha comunidad a cometer actos violentos contra personas no pertenecientes a ella que habitaban en algunas partes de la provincia del Valle del Rift. El asunto sigue siendo objeto de investigación, pues hay algunos aspectos que requieren mayor corroboración afin [sic] de llegar a una conclusión justa¹³⁵.

64. El informe también indica lo siguiente:

¹³⁰ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 37.

¹³¹ Decisión impugnada, párr. 60.

¹³² Decisión impugnada, párr. 61.

¹³³ Decisión impugnada, párr. 61.

¹³⁴ Anexo 1, pág. 3.

¹³⁵ Anexo 2, págs. 2 y 3.

Cuando finalmente el Fiscal de la CPI hizo públicos los nombres de los que pasaron a conocerse como “los seis de ocampo [sic]”, los investigadores de la Policía se sorprendieron. Ello fue así porque, *aparte del Honorable William Ruto, ninguno de los seis de ocampo [sic] había sido mencionado previamente durante las investigaciones*. No obstante, el Comisionado de Policía asignó de nuevo al equipo de investigadores la tarea de llevar a cabo investigaciones exhaustivas relacionadas con los seis de Ocampo, así como con otros ciudadanos de alto rango. [Cursiva añadida]¹³⁶.

65. Y el informe concluye, bajo el epígrafe “Medidas futuras”, en los siguientes términos:

Después de que el Fiscal de la CPI, el Sr. Louise [sic] Moren [sic] Ocampo, hiciera pública la implicación en la violencia postelectoral de personalidades prominentes (los seis de Ocampo), el Comisionado de Policía encomendó también al equipo que investigara exhaustivamente todas las alegaciones.

El equipo se encuentra actualmente sobre el terreno realizando las investigaciones que se le encomendaron. También está reexaminando todas las indagaciones e informes anteriores como ayuda en la investigación¹³⁷.

66. En relación con estos anexos, la Sala de Cuestiones Preliminares llegó a la siguiente conclusión:

Aunque la información proporcionada en estos dos anexos revela que se dieron instrucciones para investigar a los tres sospechosos que son objeto del procedimiento ante la Corte, el Gobierno de Kenya no proporciona a la Sala detalle alguno con respecto a las medidas de investigación *en curso* que afirma haber emprendido¹³⁸.

67. En opinión de la Sala de Apelaciones, esa conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares no revela ningún claro error. La Sala de Apelaciones observa que de los 29 anexos que transmitió Kenya, solo los Anexos 1 y 2 estaban específicamente relacionados con la presente causa. Sin embargo, aunque los Anexos 1 y 2 hacen referencia de modo general a las supuestas investigaciones contra todos los sospechosos en la presente causa, no proporcionan detalle alguno acerca de las medidas que haya tomado Kenya para determinar si eran responsables de la conducta que se les imputa en el procedimiento ante la Corte. El único sospechoso nombrado específicamente es el Sr. Ruto, en la causa del *Fiscal c. Ruto y otros*¹³⁹: el Anexo 2 proporciona cierta información sobre su posible implicación en la incitación a la

¹³⁶ Anexo 2, pág. 3.

¹³⁷ Anexo 2, pág. 4.

¹³⁸ Decisión impugnada, párr. 64.

¹³⁹ ICC-01/09-01/11.

violencia contra personas que no integran la comunidad Kalenjin residentes en ciertas partes de la provincia del Valle del Rift. Sin embargo, incluso esta información dista de corroborar lo que se habría hecho para investigarlo por dicha conducta.

68. Asimismo, la Sala de Apelaciones observa que incluso los argumentos de Kenya carecían de especificidad. En la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011 se dice que el “Comisionado de Policía ha confirmado [...] que actualmente el equipo DIC/DAP está investigando exhaustivamente a los [...] sospechosos” y se señalan “seis acciones de investigación [que] están en curso”¹⁴⁰. Sin embargo, aunque Kenya afirma, por ejemplo, que “[v]arios funcionarios han estado visitando nuevamente las escenas de los crímenes para indagar y recabar cualquier prueba que pudiera ser de utilidad en las investigaciones contra los seis sospechosos”¹⁴¹, no proporcionó pruebas de ello, tales como informes policiales en que conste el momento y el lugar de dichas visitas o los casos con respecto a los cuales se realizaron las indagaciones.

69. En tales circunstancias, la Sala de Apelaciones no puede encontrar ningún claro error en la valoración de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre los anexos que presentó Kenya. Por lo tanto, nada puede reprocharse a la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que Kenya no estableció que estuviera llevando a cabo una investigación contra los tres sospechosos.

2. *Inferencias supuestamente ilógicas de la propuesta de suministrar informes de investigación actualizados y atribución de parcialidad*

70. Kenya sostiene que la Sala de Cuestiones Preliminares hizo inferencias ilógicas a partir de su propuesta de suministrar informes de investigación actualizados¹⁴². Sostiene también que la Sala de Cuestiones Preliminares llegó a conclusiones erróneas a partir de las argumentaciones jurídicas de Kenya y que, por lo general, actuó con parcialidad en su contra¹⁴³.

a) Contexto procesal y parte pertinente de la decisión impugnada

71. En la impugnación de la admisibilidad, Kenya dijo que “la investigación de todos los casos, incluidos los que están actualmente ante la CPI, progresará con la

¹⁴⁰ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 56.

¹⁴¹ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 56.

¹⁴² Documento justificativo de la apelación, párr. 46.

¹⁴³ Documento justificativo de la apelación, párrs. 45 y 58.

mayor efectividad cuando se haga el nombramiento del nuevo Director de Acusaciones Públicas [...] a finales de mayo de 2011”¹⁴⁴. Dijo además que presentaría a la Sala de Cuestiones Preliminares “[u]n informe actualizado sobre el estado de las investigaciones y el modo en que éstas abarcan hasta los niveles más elevados [...] a finales de julio de 2011”¹⁴⁵. Kenya añadió que el informe “también esbozará la estrategia de investigación que [...] se está elaborando para la investigación y el enjuiciamiento que comienza por los autores de nivel más bajo hasta llegar a los de nivel más alto que hayan sido responsables”¹⁴⁶. Además, Kenya sostuvo que “[s]e presentarían a la Sala de Cuestiones Preliminares a finales de agosto y septiembre de 2011 otros informes sobre los progresos realizados en las investigaciones que la nueva oficina del Director de Acusaciones Públicas está realizando a todos los niveles”¹⁴⁷. Kenya también expresó su opinión sobre el criterio adecuado que se debería aplicar a una impugnación de la admisibilidad, argumentando que debería ser el criterio adoptado por la Sala de Cuestiones Preliminares en la decisión con arreglo al artículo 15¹⁴⁸.

72. En la decisión impugnada, la Sala de Cuestiones Preliminares explicó que le sorprendió la declaración de Kenya, que constituía un “reconocimiento de [...] Kenya de que, hasta entonces, las supuestas investigaciones *en curso* aún no habían abarcado a las personas del más alto nivel jerárquico”¹⁴⁹, incluidos los sospechosos que están ante la Corte. La Sala de Cuestiones Preliminares consideró que esa declaración contradecía los argumentos formulados en la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, según la cual en ese momento había investigaciones en curso en relación con los sospechosos que estaban a consideración de la Sala¹⁵⁰. La Sala concluyó también que “no estaba claro por qué [...] Kenya no ha[bía] presentado aún un informe detallado sobre las investigaciones en curso”¹⁵¹. La Sala opinó que si en ese momento hubieran estado en marcha procedimientos nacionales contra los sospechosos, entonces “no hay ninguna razón convincente que explique por qué se esperó hasta

¹⁴⁴ Impugnación de la admisibilidad, párr. 69.

¹⁴⁵ Impugnación de la admisibilidad, párr. 71.

¹⁴⁶ Impugnación de la admisibilidad, párr. 71.

¹⁴⁷ Impugnación de la admisibilidad, párr. 74.

¹⁴⁸ Impugnación de la admisibilidad, párr. 32.

¹⁴⁹ Decisión impugnada, párr. 58.

¹⁵⁰ Decisión impugnada, párr. 58.

¹⁵¹ Decisión impugnada, párr. 59.

julio de 2011 para presentar el mencionado primer informe”¹⁵². En relación con los argumentos jurídicos de Kenya, la Sala de Cuestiones Preliminares dijo además que dichos argumentos “ponían en duda la voluntad del Estado de investigar realmente a los tres sospechosos” y que no resultaba claro “cómo se podría convencer a la Sala de que ha[bía] realmente investigaciones en curso con respecto a los tres sospechosos de la presente causa”¹⁵³.

b) Argumentos de Kenya en la fase de apelación

73. En la fase de apelación, Kenya sostiene que fue “ilógica” la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que su propuesta de presentar más informes sobre las investigaciones constituía un reconocimiento de que actualmente no existía ninguna investigación relativa a los sospechosos, especialmente porque Kenya había propuesto proporcionar un informe *actualizado*, al paso que en otra parte de la impugnación de la admisibilidad se decía que los sospechosos ya estaban siendo objeto de investigación¹⁵⁴. Según sostiene Kenya sobre la base de la información que había presentado ante la Sala de Cuestiones Preliminares, estaba “absolutamente claro” que había investigaciones en curso¹⁵⁵. Kenya sostiene también que la Sala de Cuestiones Preliminares no explicó por qué no se podían presentar los informes y en cambio culpó a Kenya por no haber presentado información detallada¹⁵⁶. Argumenta además que sostuvo ante la Sala de Cuestiones Preliminares que “en caso de que tuviera alguna duda sobre las investigaciones nacionales, debería dirigirse directamente al Comisionado de Policía [...] o aceptar informes relativos a la investigación”¹⁵⁷.

74. Kenya sostiene además que la Sala de Cuestiones Preliminares no consideró sus argumentos jurídicos y en cambio utilizó dichas exposiciones “para llegar a la conclusión de que no se podía confiar en Kenya con respecto a la información que proporcionó sobre su investigación nacional”¹⁵⁸. En otra parte del documento justificativo de la apelación, Kenya afirma que “[c]uando se considera el procedimiento en conjunto, parece como si la Sala [de Cuestiones Preliminares]

¹⁵² Decisión impugnada, párr. 59.

¹⁵³ Decisión impugnada, párr. 56.

¹⁵⁴ Documento justificativo de la apelación, párr. 46.

¹⁵⁵ Documento justificativo de la apelación, párr. 47.

¹⁵⁶ Documento justificativo de la apelación, párr. 50.

¹⁵⁷ Documento justificativo de la apelación, párr. 7.

¹⁵⁸ Documento justificativo de la apelación, párr. 45.

estuviera determinada a rechazar la impugnación de la admisibilidad presentada por el Gobierno, y a hacerlo lo antes posible”¹⁵⁹. Afirma que la Sala de Cuestiones Preliminares ha “adoptado de cada una de las peticiones y exposiciones presentadas por el Gobierno de Kenya, así como de cada uno de los elementos de prueba que presentó, las interpretaciones que menos favorecían al Gobierno de Kenya”¹⁶⁰.

c) Argumentos del Sr. Ali en la fase de apelación

75. El Sr. Ali sostiene que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error al desechar los argumentos de Kenya según los cuales “había investigaciones en curso y lo que se iba a proporcionar era una actualización”¹⁶¹. Además, sostiene que en su decisión la Sala de Cuestiones Preliminares “infiere incorrectamente que las investigaciones deberían haberse completado en el momento en que se presentó la impugnación de la admisibilidad”¹⁶². El Sr. Ali afirma que “el Estatuto de Roma no requiere que las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades estatales se hayan completado antes de impugnar la admisibilidad. Tampoco se requiere que las investigaciones nacionales estén tan avanzadas como las investigaciones de la Fiscalía”¹⁶³. En opinión del Sr. Ali esa exigencia “socavaría la existencia de la corte [...] al crear una competencia entre la Corte y las autoridades nacionales”¹⁶⁴.

d) Argumentos del Fiscal en la fase de apelación

76. El Fiscal argumenta que la “Sala [de Cuestiones Preliminares] interpretó correctamente las exposiciones de Kenya al afirmar que el llamado enfoque «de abajo hacia arriba» empleado en la investigación aún no había llegado al nivel más elevado de la jerarquía, incluidos los sospechosos”¹⁶⁵. Además, el Fiscal sostiene que, “contrariamente a lo que afirma Kenya, la Sala no pedía que las investigaciones hubieran concluido”, sino “únicamente que hubiera pruebas de «medidas concretas que demostraran la existencia de investigaciones en curso»” contra los sospechosos¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Documento justificativo de la apelación, párr. 58.

¹⁶⁰ Documento justificativo de la apelación, párr. 58.

¹⁶¹ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 18.

¹⁶² Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 18.

¹⁶³ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 19.

¹⁶⁴ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 19.

¹⁶⁵ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 57.

¹⁶⁶ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 59.

77. Con respecto a las alegaciones de parcialidad, el Fiscal sostiene que son infundadas¹⁶⁷. En particular, afirma que la Sala de Cuestiones Preliminares no basó sus conclusiones de hecho sobre la ausencia de investigaciones nacionales en la circunstancia de que Kenya hubiera impugnado el criterio de “la misma persona/la misma conducta”, ni insinuó que Kenya estuviera actuando “deshonestamente” con respecto a la información que había proporcionado¹⁶⁸. En cambio, el Fiscal sostiene que la Sala de Cuestiones Preliminares “simplemente concluyó que [Kenya] no había proporcionado ninguna prueba que corroborara su afirmación de que sí había investigaciones en curso contra los sospechosos”¹⁶⁹.

e) Observaciones de las víctimas

78. Las víctimas sostienen que la promesa de Kenya de presentar informes actualizados “perpetúa la ambigüedad” que rodea a sus afirmaciones de que hay investigaciones en curso. Observan que la idea de un informe actualizado sugiere que ya han empezado las investigaciones sin decirlo expresamente¹⁷⁰.

79. Con respecto a las alegaciones de parcialidad, las víctimas observan que la decisión impugnada “no se basa en ninguna imputación de deshonestidad en absoluto, sino simplemente en la ausencia de información suficientemente detallada para determinar si había en curso una investigación contra los acusados por los crímenes alegados”¹⁷¹.

f) Determinación de la Sala de Apelaciones

80. Como se expuso en la sección anterior, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que Kenya no había presentado información que demostrara que se habían tomado medidas concretas de investigación contra los sospechosos en cuestión¹⁷². Las conclusiones de la Sala de Cuestiones Preliminares con respecto a la propuesta de Kenya de presentar informes adicionales se deben considerar a la luz de ello. Como la Sala llegó a la conclusión de que, sobre la base de la información que tenía ante sí, no había indicación suficiente de que Kenya estuviera investigando a los sospechosos, no fue erróneo que la Sala afirmara que la propuesta de Kenya de presentar informes

¹⁶⁷ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 52.

¹⁶⁸ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 53.

¹⁶⁹ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 53.

¹⁷⁰ Observaciones de las víctimas, párr. 9.

¹⁷¹ Observaciones de las víctimas, párr. 36.

¹⁷² Decisión impugnada, párr. 60.

adicionales era en realidad un reconocimiento de que hasta entonces no se habían llevado a cabo tales investigaciones.

81. Además, al contrario de lo que sostienen Kenya y el Sr. Ali, la Sala de Cuestiones Preliminares no infirió que las investigaciones tuvieran que haberse completado antes de que se pudiera formular una impugnación de la admisibilidad. Como correctamente indicó el Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares requería simplemente que, en el momento en que se plantea una impugnación de la admisibilidad, se demostrara que se habían tomado medidas concretas y progresivas para llevar a cabo la investigación¹⁷³.

82. Son igualmente infundadas las afirmaciones de Kenya de que la Sala de Cuestiones Preliminares simplemente no le creía en sus exposiciones, a pesar de que no había pruebas que contradijeran sus afirmaciones, y que adoptó una actitud hostil y llegó a conclusiones erróneas sobre la base de las argumentaciones jurídicas de Kenya. La Sala de Cuestiones Preliminares no dijo en ninguna parte de la decisión impugnada que Kenya no merecía confianza. La Sala de Cuestiones Preliminares rechazó la impugnación de la admisibilidad no porque no confiara en Kenya o porque dudara de sus intenciones, sino porque Kenya tenía la carga de proporcionar pruebas suficientes para demostrar que estaba investigando a los tres sospechosos y no lo había hecho.

83. En suma, no se puede identificar ningún claro error en el tratamiento dado por la Sala de Cuestiones Preliminares a la propuesta de Kenya de presentar informes de investigación actualizados. Tampoco se puede decir que la Sala de Cuestiones Preliminares haya actuado con parcialidad contra Kenya.

C. Errores de procedimiento alegados

84. El Gobierno de Kenya plantea en su apelación tres errores de procedimiento, a saber: i) la negativa a permitir que se presentaran nuevos informes de investigación con arreglo al cronograma propuesto por Kenya; ii) la negativa a celebrar una audiencia oral para, entre otras cosas, recibir la declaración del Comisionado de Policía sobre las supuestas investigaciones en curso, y iii) la negativa a pronunciarse sobre la petición de asistencia formulada por Kenya antes de decidir sobre la

¹⁷³ Decisión impugnada, párr. 60.

impugnación de la admisibilidad¹⁷⁴. En opinión de Kenya, todos esos errores influyeron en el supuesto error de la Sala de Cuestiones Preliminares cuando llegó a la conclusión de “inactividad”¹⁷⁵.

85. Antes de pasar a analizar los errores alegados, la Sala de Apelaciones recuerda su sentencia de 16 de septiembre de 2009 relativa a la apelación contra la decisión relativa a la admisibilidad de la causa de Joseph Kony y otros¹⁷⁶ (en adelante: “la sentencia *Kony* OA 3”). En dicha sentencia, la Sala de Apelaciones sostuvo que “un apelante puede plantear errores de procedimiento en su apelación presentada con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto”¹⁷⁷. Sin embargo, para que dichos errores justifiquen la revocación de la decisión relativa a la admisibilidad, deben haber afectado sustancialmente a la decisión¹⁷⁸.

86. Los instrumentos jurídicos de la Corte no establecen en detalle el procedimiento que debe seguirse en caso de una impugnación de la admisibilidad con arreglo al artículo 19 del Estatuto. Más bien, en las partes pertinentes de la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba se dispone lo siguiente:

1. La petición hecha con arreglo al artículo 19 se hará por escrito e indicará sus fundamentos.
2. La Sala a la que se presente una impugnación o una cuestión respecto de su competencia o de la admisibilidad de una causa con arreglo a los párrafos 2 ó 3 del artículo 19 o que esté actuando de oficio con arreglo al párrafo 1 de ese artículo decidirá qué procedimiento se habrá de seguir y podrá adoptar las medidas que correspondan para la debida sustanciación de las actuaciones. La Sala podrá celebrar una audiencia. Podrá aplazar la consideración de la impugnación o la cuestión hasta las actuaciones de confirmación de los cargos o hasta el juicio, siempre que ello no cause una demora indebida, y en tal caso deberá en primer lugar considerar la impugnación o la cuestión y adoptar una decisión al respecto.

87. Así pues, la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba estipula el procedimiento que debe seguirse cuando se presenta una impugnación con arreglo al artículo 19 del Estatuto. Dispone que dicha impugnación debe remitirse al Fiscal y a la persona afectada, a quienes se les dará la oportunidad de presentar observaciones

¹⁷⁴ Documentos justificativos de la apelación, párr. 59.

¹⁷⁵ Documentos justificativos de la apelación, párr. 59.

¹⁷⁶ Véase *El Fiscal c. Joseph Kony y otros*, Sala de Apelaciones, sentencia de 16 de septiembre de 2009 relativa a la apelación de la Defensa contra la decisión relativa a la admisibilidad de la causa con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del Estatuto, de 10 de marzo de 2009, ICC-02/04-01/05-408 (OA 3).

¹⁷⁷ Sentencia *Kony* OA 3, párr. 47. Véase también la sentencia *Katanga* OA 8, párr. 37.

¹⁷⁸ Sentencia *Kony* OA 3, párr. 48.

por escrito. Fuera de esas estipulaciones expresas, la Sala de Cuestiones Preliminares tiene una amplia discrecionalidad para determinar el modo de sustanciar las actuaciones relativas a las impugnaciones de la admisibilidad de una causa. En la sentencia *Kony* OA 3, la Sala de Apelaciones explicó su criterio de revisión con respecto a las decisiones discrecionales en los siguientes términos:

[L]as funciones de la Sala de Apelaciones abarcan la revisión del ejercicio de discrecionalidad de la Sala de Cuestiones Preliminares para garantizar que la Sala ha ejercido su discrecionalidad de forma adecuada. Sin embargo, la Sala de Apelaciones no interferirá en el ejercicio de discrecionalidad de la Sala de Cuestiones Preliminares para determinar cuestiones de admisibilidad conforme a lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 19 del Estatuto, salvo cuando se demuestre que la determinación estuvo viciada por un error de derecho, un error de hecho o un error de procedimiento, y en tal caso, solo si el error afectó sustancialmente a la determinación. Esto significa en efecto que la Sala de Apelaciones solo interferirá en una decisión discrecional bajo determinadas condiciones. La jurisprudencia de otros tribunales internacionales, así como nacionales, respalda esta posición. Dichos tribunales identifican como condiciones que justifican la injerencia por vía de apelación a las siguientes: i) cuando el ejercicio de la discrecionalidad se base en una errónea interpretación de las normas jurídicas; ii) cuando se haya ejercido sobre una conclusión de hecho manifiestamente incorrecta, o iii) cuando la decisión sea tan injusta y no razonable como para constituir un abuso de la discrecionalidad¹⁷⁹.

88. Dicho criterio de revisión guiará el siguiente análisis de los tres errores de procedimiento que se alegan.

1. Negativa a permitir que se presentaran nuevos informes de investigación

89. El primer error de procedimiento que alega Kenya es que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error cuando se negó a permitir que se presentaran nuevos informes de investigación.

a) Contexto procesal y parte pertinente de la decisión impugnada

90. En la impugnación de la admisibilidad presentada a la Sala de Cuestiones Preliminares, Kenya afirmó que las investigaciones relativas a la violencia postelectoral en Kenya estaban en curso y propuso un cronograma para la presentación de informes de investigación actualizados. El primero de dichos informes se presentaría a finales de julio de 2011 y habría informes adicionales a

¹⁷⁹ Sentencia *Kony* OA 3, párr. 80.

finales de agosto y septiembre de 2011 respectivamente¹⁸⁰. Kenya afirmó que los informes servirían para poner al día a la Sala sobre los progresos realizados en las investigaciones de todos los casos, incluidos los que se encontraban en el momento ante la CPI¹⁸¹. En particular, los informes podrían demostrar cómo las investigaciones, encabezadas por el nuevo Director de Acusaciones Públicas, “llegan hasta los niveles más elevados”¹⁸² y cómo la estrategia de investigación “parte de la investigación y el enjuiciamiento de los autores de bajo nivel y va subiendo hasta llegar a los de los niveles más elevados que hayan sido responsables”¹⁸³. Esos argumentos se repitieron en la réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011¹⁸⁴. En la decisión de 4 de abril de 2011 relativa a la sustanciación del procedimiento, la Sala de Cuestiones Preliminares no mencionó esta propuesta. En la decisión impugnada, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que la propuesta de presentar informes actualizados fue de hecho “un reconocimiento por parte de Kenya de que, hasta el momento, las supuestas investigaciones *en curso* no ha[bían] llegado aún a los niveles más elevados de la jerarquía, ya [fueran] los tres sospechosos que [eran] objeto del procedimiento ante la Corte, u otros del *mismo nivel*”¹⁸⁵. Esto, en opinión de la Sala, contradecía los argumentos de Kenya de que realmente había investigaciones en curso en relación con los sospechosos que estaba considerando la Sala¹⁸⁶. Además, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que no estaba claro por qué no se había presentado aún un informe detallado sobre las investigaciones contra los sospechosos si ya se estaban realizando procedimientos nacionales contra ellos¹⁸⁷. No obstante, la Sala de Cuestiones Preliminares no tomó una resolución formal sobre la petición de Kenya de que se le permitiera presentar informes adicionales.

b) Argumentos de Kenya en la fase de apelación

91. En la fase de apelación, Kenya argumenta que la Sala de Cuestiones Preliminares no expuso las razones por las cuales rechazó el cronograma propuesto para la presentación de informes actualizados¹⁸⁸ y que se denegó erróneamente a

¹⁸⁰ Impugnación de la admisibilidad, párrs. 71 y 79.

¹⁸¹ Impugnación de la admisibilidad, párrs. 71 y 79.

¹⁸² Impugnación de la admisibilidad, párr. 71.

¹⁸³ Impugnación de la admisibilidad, párr. 71.

¹⁸⁴ Réplica de Kenya de 16 de mayo de 2011, párr. 25.

¹⁸⁵ Decisión impugnada, párr. 58.

¹⁸⁶ Decisión impugnada, párr. 58.

¹⁸⁷ Decisión impugnada, párr. 59.

¹⁸⁸ Documento justificativo de la apelación, párrafos 12 i) y 60.

Kenya la oportunidad de presentar informes que habrían proporcionado más detalles sobre la investigación¹⁸⁹. Kenya afirma también que la Sala de Cuestiones Preliminares no tuvo en cuenta que, en relación con otras situaciones, “se ha dado a los Estados Partes plazos sustanciales para llevar a cabo sus investigaciones y no consideró si era posible distinguir a dichas situaciones de la actual, y, en caso afirmativo, de qué forma”¹⁹⁰.

c) Argumentos del Sr. Ali en la fase de apelación

92. El Sr. Ali concuerda con los argumentos de Kenya, y pone de relieve que la Sala de Cuestiones Preliminares “incurrió en error al negarse a permitir que [Kenya] presentara informes de investigación escalonados en contra de la jurisprudencia de esta Corte”¹⁹¹. Como resultado de ello, el Sr. Ali argumenta que la Sala de Cuestiones Preliminares no tuvo ante sí toda la información necesaria¹⁹². En su opinión, la Sala de Cuestiones Preliminares “no [estaba] limitada a tomar en consideración solo la información presentada por [Kenya] en su solicitud inicial sino también las pruebas que se hubieran presentado posteriormente”¹⁹³.

d) Argumentos del Fiscal en la fase de apelación

93. El Fiscal sostiene que los argumentos de Kenya se basan en una incorrecta comprensión del régimen de admisibilidad y que Kenya “estaba intentando prolongar artificialmente en el tiempo el procedimiento relativo a la admisibilidad, aparentemente con la esperanza de que en algún momento futuro hubiera realmente una investigación contra los sospechosos que pudiera hacer inadmisibile la causa ante la CPI”¹⁹⁴. En opinión del Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares, “como consecuencia y necesariamente”, rechazó la propuesta de Kenya de presentar informes adicionales cuando concluyó que no había investigaciones y que, por lo tanto, las causas eran admisibles ante la Corte¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Documento justificativo de la apelación, párrs. 12, 60 y 63. El Gobierno de Kenya expone argumentos similares como parte de sus argumentos relativos a los presuntos errores de hecho, véase el párr. 50.

¹⁹⁰ Documento justificativo de la apelación, párr. 61.

¹⁹¹ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 24.

¹⁹² Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 27.

¹⁹³ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 28.

¹⁹⁴ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 62 (nota a pie de página omitida).

¹⁹⁵ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 63.

e) Observaciones de las víctimas

94. Las víctimas están de acuerdo con los argumentos del Fiscal a este respecto¹⁹⁶.

f) Determinación de la Sala de Apelaciones

95. En esencia, el argumento de Kenya es que la Sala de Cuestiones Preliminares no debía haber decidido sobre la impugnación de la admisibilidad cuando lo hizo, sino que debía haber dado a Kenya más tiempo para presentar pruebas adicionales. La Sala de Apelaciones recuerda que, de conformidad con la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala de Cuestiones Preliminares tenía discrecionalidad para regular el procedimiento relativo a la impugnación de la admisibilidad. En virtud de dicha regla, la Sala de Cuestiones Preliminares tenía la posibilidad de permitir la presentación de pruebas adicionales.

96. No obstante, la cuestión que la Sala de Apelaciones tiene que resolver no es lo que la Sala de Cuestiones Preliminares podía haber hecho, sino si la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error al hacer lo que hizo. Como se dijo en el párrafo 87 *supra*, la regla 58 confiere amplia discrecionalidad a la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Apelaciones solo interferirá si la forma en que la Sala de Cuestiones Preliminares ejerció su discrecionalidad configuró un uso abusivo de ella. En el presente caso, la Sala de Apelaciones no puede concluir que se haya producido tal uso abusivo. La Sala de Cuestiones Preliminares decidió sobre la impugnación de la admisibilidad el 30 de mayo de 2011, casi dos meses después de su presentación. La Sala de Cuestiones Preliminares aceptó la presentación de anexos de 21 de abril de 2011, aunque la presentación de tal material adicional no estaba prevista en la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba ni en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de 4 de abril de 2011 relativa a la sustanciación del procedimiento. La Sala de Cuestiones Preliminares también hizo lugar a la petición de Kenya de que se le permitiera presentar una réplica a las exposiciones presentadas por los sospechosos, el Fiscal y las víctimas¹⁹⁷. En tales circunstancias, no se puede decir que la Sala de Cuestiones Preliminares no haya dado a Kenya una oportunidad suficiente para exponer sus argumentos o presentar pruebas que los respaldaran. En este contexto, la Sala de Apelaciones destaca una vez más el carácter discrecional de la decisión de la

¹⁹⁶ Observaciones de las víctimas, párr. 40.

¹⁹⁷ Decisión adoptada con arreglo al numeral 5 de la norma 24 del Reglamento de la Corte relativa a la solicitud presentada en nombre de Kenya, 2 de mayo de 2011, ICC-01/09-02/11-81.

Sala de Cuestiones Preliminares. Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares habría podido permitir la presentación de pruebas adicionales, no estaba obligada a hacerlo, y Kenya no podía esperar que se le permitiera presentar pruebas adicionales. Por el contrario, como se expuso en los párrafos 64 y 65, incumbía a Kenya asegurar que la impugnación de la admisibilidad estuviera corroborada mediante pruebas suficientes.

97. No es convincente el argumento de Kenya de que en otras situaciones se dio a los Estados “plazos sustanciales para llevar a cabo sus investigaciones”¹⁹⁸ y que la Sala de Cuestiones Preliminares no lo mencionó. En la impugnación de la admisibilidad, Kenya se refirió a las situaciones en Colombia, Georgia y el Afganistán¹⁹⁹. Como observa el Fiscal, él no ha decidido todavía abrir una investigación con respecto a esas situaciones²⁰⁰. Por lo tanto, no son comparables a la presente causa, donde no solo se ha abierto una investigación, sino que también se ha dictado una orden de comparecencia. Por consiguiente, no había razones para que la Sala de Cuestiones Preliminares considerara otras situaciones ni para que las comparara con la presente causa.

98. La Sala de Apelaciones observa que el párrafo 5 del artículo 19 del Estatuto estipula que los Estados deben impugnar la admisibilidad de una causa “lo antes posible”. Esta disposición se debe leer en el contexto de las demás disposiciones relativas a la admisibilidad, en particular el párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto. Como se explicó en el párrafo 37 *supra*, la finalidad de una impugnación de la admisibilidad con arreglo al párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto es resolver los conflictos existentes entre jurisdicciones concurrentes: la Corte, por un lado, y una jurisdicción nacional, por otro. Como se mencionó en el párrafo 45 *supra*, la expresión “lo antes posible” en el párrafo 5 del artículo 19 del Estatuto se refiere a la primera ocasión posible después de que haya surgido realmente un conflicto de jurisdicciones. Por consiguiente, el Estado no puede esperar que se le permita enmendar una impugnación de la admisibilidad ni presentar pruebas adicionales de apoyo solo porque el Estado presentó la impugnación prematuramente.

¹⁹⁸ Documento justificativo de la apelación, párr. 61.

¹⁹⁹ Impugnación de la admisibilidad, nota 58 a pie de página.

²⁰⁰ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 64.

99. En suma, no se puede discernir ningún error de procedimiento en el tratamiento dado por la Sala de Cuestiones Preliminares a la propuesta de Kenya de presentar informes adicionales.

2. *Negativa a celebrar una audiencia oral*

100. El segundo error de procedimiento que alega Kenya es que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error al negarse a celebrar una audiencia oral antes de decidir sobre la impugnación de la admisibilidad²⁰¹.

a) **Contexto procesal y parte pertinente de la decisión impugnada**

101. En la impugnación de la admisibilidad, Kenya solicitó que la Sala de Cuestiones Preliminares convocara una audiencia oral “para dar al Gobierno la oportunidad de dirigirse a la Sala de Cuestiones Preliminares con respecto a su solicitud” y “para que se puedan presentar y considerar todos los argumentos pertinentes”,²⁰². Kenya también solicitó que la Sala de Cuestiones Preliminares convocara una reunión con las partes para oír las exposiciones relativas al plazo y al procedimiento para la resolución de la impugnación de la admisibilidad²⁰³. Esta última solicitud, pero no la solicitud de una audiencia oral, fue repetida en la sección final de la impugnación de la admisibilidad como uno de los petitorios de Kenya²⁰⁴.

102. En la decisión de 4 de abril de 2011 relativa a la sustanciación del procedimiento, la Sala de Cuestiones Preliminares rechazó la solicitud de reunión con las partes y determinó el procedimiento que había de seguirse con respecto a la impugnación de la admisibilidad, que no comprendía una audiencia oral²⁰⁵. El 17 de mayo de 2011, Kenya presentó una nueva solicitud de audiencia oral de conformidad con la subregla 2 de la regla 58²⁰⁶, que se registró al día siguiente (en adelante: “la solicitud de 18 de mayo de 2011”), en la que solicitó que la Sala de Cuestiones Preliminares convocara una audiencia sobre la impugnación de la admisibilidad antes de decidir sobre el fondo.

²⁰¹ Documento justificativo de la apelación, párrs. 12 ii) y 64 a 69.

²⁰² Impugnación de la admisibilidad, párr. 20.

²⁰³ Impugnación de la admisibilidad, párr. 21.

²⁰⁴ Impugnación de la admisibilidad, párr. 81.

²⁰⁵ Decisión relativa a la sustanciación del procedimiento de 4 de abril de 2011, párr. 10.

²⁰⁶ ICC-01/09-02/11-92.

103. En la decisión impugnada, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró la solicitud de 18 de mayo de 2011 como cuestión preliminar. La Sala de Cuestiones Preliminares explicó que en la decisión de 4 de abril de 2011 relativa a la sustanciación del procedimiento había rechazado específicamente la solicitud de reunión con las partes, la cual, según la Sala de Cuestiones Preliminares, era lo mismo que la petición de audiencia oral²⁰⁷. Por lo tanto, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que la solicitud de 18 de mayo de 2011 era una solicitud de reconsideración, y la rechazó por estimar que era inadmisibles²⁰⁸. La Sala de Cuestiones Preliminares también observó que “ha[bía] dado a todas las partes y participantes amplias oportunidades para exponer todos los argumentos relativos a la impugnación de la admisibilidad. Por consiguiente, la Sala no está convencida de que se necesite una segunda ronda de alegatos escritos para llegar a un pronunciamiento sobre el fondo de la solicitud”²⁰⁹.

b) Argumentos de Kenya en la fase de apelación

104. En la fase de apelación, Kenya argumenta que en la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que era innecesaria una segunda ronda de alegatos escritos de las partes y los participantes para pronunciarse sobre la admisibilidad no se tiene en cuenta que “la principal razón del Gobierno para pedir una audiencia oral [...] era garantizar que la Sala oyera directamente del Comisionado de Policía los detalles de la investigación nacional sobre los [...] sospechosos”²¹⁰. Kenya sostiene también que el tratamiento dado por la Sala de Cuestiones Preliminares a la petición de audiencia oral revela la determinación de la Sala de “«clausurar» la recepción de cualquier otra información pertinente” y que fue “simplemente erróneo que la Sala sugiriera que el Gobierno o su defensa no habían actuado de buena fe al presentar la solicitud de audiencia oral”²¹¹.

c) Argumentos del Sr. Ali en la fase de apelación

105. El Sr. Ali concuerda con los argumentos formulados por Kenya²¹². Argumenta que “el rechazo de la solicitud de audiencia oral privó a [Kenya] de una oportunidad

²⁰⁷ Decisión impugnada, párrs. 35 y 36.

²⁰⁸ Decisión impugnada, párr. 38.

²⁰⁹ Decisión impugnada, párr. 37.

²¹⁰ Documento justificativo de la apelación, párr. 66.

²¹¹ Documento justificativo de la apelación, párr. 67.

²¹² Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, paras 30 a 34.

para proporcionar más información presentando todas las pruebas pertinentes [...] incluidas declaraciones orales” y pone de relieve que la “jurisprudencia de la Corte ha sostenido constantemente que la prueba documental tiene menos peso que el testimonio oral”²¹³. El Sr. Ali considera también que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de rechazar la solicitud de audiencia oral “se aparta de la práctica anterior por [sic] la Corte”²¹⁴.

d) Argumentos del Fiscal en la fase de apelación

106. El Fiscal observa que la subregla 2 de la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba otorga a la Sala de Cuestiones Preliminares discrecionalidad para decidir si se celebra o no una audiencia oral²¹⁵. El Fiscal afirma que para que la apelación de Kenya hubiese sido acogida, Kenya tendría que haber demostrado que la Sala de Cuestiones Preliminares había hecho un uso abusivo de su discrecionalidad al decidir que no se celebrara una audiencia, y en su opinión Kenya no lo demostró²¹⁶.

e) Observaciones de las víctimas

107. Las víctimas están de acuerdo con las opiniones del Fiscal a este respecto²¹⁷.

f) Determinación de la Sala de Apelaciones

108. Como se expuso *supra*, de conformidad con la subregla 2 de la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala de Cuestiones Preliminares tiene amplia discrecionalidad para determinar el modo apropiado de sustanciar una impugnación de la admisibilidad²¹⁸. Con arreglo a esa disposición, la Sala de Cuestiones Preliminares *puede* celebrar una audiencia, pero no está obligada a hacerlo. Por lo tanto, la Sala de Cuestiones Preliminares hizo uso de su discrecionalidad al decidir no convocar una audiencia oral. Por consiguiente, igual que en el caso de la presentación de informes adicionales considerado en la sección anterior²¹⁹, la cuestión que la Sala de Apelaciones debe resolver no es si la Sala de Cuestiones Preliminares podía haber celebrado una audiencia oral, sino si la decisión de no hacerlo constituyó un uso

²¹³ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 33. (Nota a pie de página omitida.).

²¹⁴ Respuesta del Sr. Ali al documento justificativo de la apelación, párr. 34.

²¹⁵ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 67.

²¹⁶ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párrs. 66 a 69.

²¹⁷ Observaciones de las víctimas, párrs. 40 y 41.

²¹⁸ Véase el párrafo 87 *supra*.

²¹⁹ Véanse los párrafos 95 y siguientes.

abusivo de su discrecionalidad. En opinión de la Sala de Apelaciones, aunque pudiera haber habido razones para celebrar una audiencia oral, no se puede decir que, al decidir no celebrarla, la Sala de Cuestiones Preliminares haya hecho un uso abusivo de su discrecionalidad.

109. El argumento de Kenya de que la Sala de Cuestiones Preliminares no tuvo en cuenta el principal motivo para solicitar una audiencia oral, a saber, oír las declaraciones del Comisionado de Policía, no es convincente y tampoco identifica ningún error de la Sala de Cuestiones Preliminares en el ejercicio de su discrecionalidad. Como observa el Fiscal²²⁰, Kenya no explicó por qué el testimonio del Comisionado no se podía haber presentado por escrito, especialmente en vista de la inequívoca preferencia de la subregla 3 de la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba por las presentaciones escritas, así como de las instrucciones de la Sala de Cuestiones Preliminares de que las observaciones se realizaran por escrito²²¹. En su solicitud de 18 de mayo de 2011, Kenya sostuvo que la celebración de una audiencia oral “es, en definitiva, el modo más efectivo y eficiente para que la Sala evalúe las investigaciones nacionales sobre los seis sospechosos”²²². Sin embargo, ello no explica por qué una audiencia oral sería el modo “más efectivo y eficiente” de recibir información.

110. Además, el argumento de Kenya de que la principal razón para solicitar una audiencia oral era permitir que el Comisionado de Policía prestara declaración y que la Sala de Cuestiones Preliminares no tuvo en cuenta esa finalidad no está corroborado por el expediente: en su solicitud de 18 de mayo de 2011, Kenya enumeró varias razones por las cuales se debería convocar la audiencia²²³. Entre ellas figuraban la necesidad de considerar “cuestiones jurídicas germinales y complejas que planteaban los argumentos contenidos en la [impugnación de la] admisibilidad”²²⁴. En tales circunstancias, no se puede reprochar a la Sala de Cuestiones Preliminares que haya rechazado la solicitud de audiencia oral por considerar, entre otros fundamentos, que no era necesaria una segunda ronda de alegatos escritos.

²²⁰ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 69.

²²¹ Decisión relativa a la sustanciación del procedimiento de 4 de abril de 2011, párr. 12.

²²² Solicitud de 18 de mayo de 2011, párr. 23.

²²³ Solicitud de 18 de mayo de 2011, párrs. 12 a 33.

²²⁴ Solicitud de 18 de mayo de 2011, párr. 30.

111. Con respecto al argumento de Kenya de que la Sala de Cuestiones Preliminares pudo haber interpretado erróneamente la petición de audiencia oral contenida en la impugnación de la admisibilidad, se debe observar que la Sala de Cuestiones Preliminares consideró la sustancia de la solicitud en la decisión impugnada y concluyó que era innecesario celebrar una audiencia oral en vista de las anteriores oportunidades para presentar argumentos²²⁵. Por consiguiente, cualquier error que la Sala de Cuestiones Preliminares pudiera haber cometido en la interpretación de las solicitudes de reunión con las partes y de audiencia oral contenidas en la impugnación de la admisibilidad habría sido intrascendente a los efectos del pronunciamiento de la Sala sobre la petición de audiencia oral.

112. En suma, no se puede discernir ningún error en el ejercicio de la discrecionalidad de la Sala de Cuestiones Preliminares en relación con la petición de audiencia oral.

3. *Negativa a adoptar una decisión sobre la petición de asistencia*

113. El tercer error de procedimiento que Kenya alega es que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error al no adoptar una decisión sobre la petición de asistencia antes de pronunciarse sobre la impugnación de la admisibilidad²²⁶.

a) **Contexto procesal y parte pertinente de la decisión impugnada**

114. El 21 de abril de 2011, Kenya presentó ante la Sala de Cuestiones Preliminares y en el expediente de la situación una petición de asistencia en nombre del Gobierno de la República de Kenya con arreglo al párrafo 10 del artículo 93 y la regla 194²²⁷ (en adelante: “la petición de asistencia”). En la petición de asistencia se solicitaba “la transmisión de todas las declaraciones, documentos u otro tipo de pruebas que la Corte y el Fiscal hubieran obtenido durante las investigaciones de la CPI sobre la violencia postelectoral en Kenya, así como sobre los seis sospechosos que están actualmente en la CPI”²²⁸. Kenya solicitó también que la Sala de Cuestiones

²²⁵ Decisión impugnada, párrs. 35 y 36.

²²⁶ Documento justificativo de la apelación, párrafos 12 iii) y 70 a 78.

²²⁷ ICC-01/09-58.

²²⁸ Petición de asistencia, párr. 2.

Preliminares adoptara una decisión sobre la petición de asistencia antes de pronunciarse sobre la impugnación de la admisibilidad pendiente²²⁹.

115. En la decisión impugnada, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que no existía ninguna relación entre la petición de asistencia y la impugnación de la admisibilidad, y afirmó por lo tanto que decidiría sobre la petición de asistencia en una decisión separada²³⁰. La Sala de Cuestiones Preliminares dictó la decisión el 29 de junio de 2011²³¹.

b) Argumentos de Kenya en la fase de apelación

116. En la fase de apelación, Kenya cuestiona el modo en que la Sala de Cuestiones Preliminares abordó el asunto. Sostiene que “recibir asistencia del Fiscal era directamente pertinente y estaba directamente relacionado con la [impugnación de la admisibilidad]”²³², y que “[s]ería injusto haber denegado [a Kenya] la posibilidad de contar con tales pruebas para las investigaciones nacionales y, por consiguiente, para la [i]mpugnación de la [a]dmisibilidad”²³³. Por lo tanto, Kenya sostiene que la Sala de Cuestiones Preliminares debía haber decidido primero sobre la petición de asistencia al ejercer su discrecionalidad para regular el procedimiento relativo a la admisibilidad²³⁴.

c) Argumentos del Sr. Ali en la fase de apelación

117. El Sr. Ali no formula ningún argumento específico respecto del error alegado en relación con el tratamiento dado por la Sala de Cuestiones Preliminares a la petición de asistencia.

d) Argumentos del Fiscal en la fase de apelación

118. El Fiscal observa que la petición de asistencia se presentó tres semanas después de la impugnación de la admisibilidad²³⁵. Sostiene que no está claro en qué modo la información obtenida como resultado de la petición de asistencia podía haber tenido incidencia en la resolución de la impugnación de la admisibilidad, pues dicha

²²⁹ Petición de asistencia, párr. 7.

²³⁰ Decisión impugnada, párrs. 30 y 31.

²³¹ Decisión relativa a la petición de asistencia presentada en nombre del Gobierno de la República de Kenya con arreglo al párrafo 10 del artículo 93 del Estatuto y la regla 194 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, 29 de junio de 2011, ICC-01/09-63.

²³² Documento justificativo de la apelación, párr. 74.

²³³ Documento justificativo de la apelación, párr. 77.

²³⁴ Documento justificativo de la apelación, párr. 77.

²³⁵ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 71.

información solo se podría haber usado para investigaciones futuras²³⁶. En opinión del Fiscal, aunque la Sala de Cuestiones Preliminares hubiera incurrido en error al abordar la petición de asistencia, ello no habría afectado sustancialmente a la decisión impugnada²³⁷.

e) Observaciones de las víctimas

119. Las víctimas están de acuerdo con las opiniones del Fiscal²³⁸. Sostienen que Kenya “no puede decir, por un lado, que sus investigaciones ya están en curso, independientemente de la información, mientras que, por otro, afirma que debe tener la información para poder refutar la conclusión a la que llegó la Sala de que no existían investigaciones en curso”²³⁹.

f) Determinación de la Sala de Apelaciones

120. A la Sala de Apelaciones no le convence el argumento de Kenya de que el tratamiento dado a la petición de asistencia por la Sala de Cuestiones Preliminares haya constituido un error de procedimiento que haya viciado la decisión impugnada.

121. Como se observó *supra*, la regla 58 de las Reglas de Procedimiento y Prueba da a la Sala de Cuestiones Preliminares amplia discrecionalidad para decidir sobre la sustanciación de los procedimientos relativos a las impugnaciones de la admisibilidad de una causa. Por consiguiente, aunque la Sala de Cuestiones Preliminares podía haber adoptado una decisión primero sobre la petición de asistencia y después sobre la impugnación de la admisibilidad, no estaba obligada a hacerlo. Para decidir sobre la impugnación de la admisibilidad, la cuestión giraba en torno a si, basándose en las pruebas disponibles, Kenya estaba investigando la causa contra los tres sospechosos. La cuestión de si se debían poner a disposición de Kenya determinadas pruebas que podrían haber fortalecido a las investigaciones existentes o haber dado lugar a nuevas investigaciones, fue irrelevante para el resultado de la impugnación de la admisibilidad.

122. En suma, no se puede discernir ningún error de procedimiento en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de pronunciarse sobre la impugnación de la admisibilidad antes de decidir sobre la petición de asistencia.

²³⁶ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 71.

²³⁷ Respuesta del Fiscal al documento justificativo de la apelación, párr. 71.

²³⁸ Observaciones de las víctimas, párr. 40.

²³⁹ Observaciones de las víctimas, párr. 42.

IV. REPARACIÓN APROPIADA

123. En una apelación formulada con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto, la Sala de Apelaciones podrá confirmar, dejar sin efecto o modificar la decisión apelada (subregla 1 de la regla 158 de las Reglas de Procedimiento y Prueba). En el presente caso, corresponde confirmar la determinación hecha en la decisión impugnada de que la causa es admisible, porque no se ha identificado ningún error en esa decisión. Por consiguiente, se desestima la apelación.

La opinión disidente de la magistrada Anita Ušacka se presentará a su debido tiempo.

Hecho en francés y en inglés, siendo auténtica la versión en inglés.

/firmado/

Magistrado Daniel David Ntanda Nsereko
Magistrado presidente

Hecho el 30 de agosto de 2011

En La Haya (Países Bajos)