

INVESTIGACIÓN DE VENEZUELA I ANTE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PRINCIPIOS APLICABLES DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

PROF. FERNANDO FERNÁNDEZ*

Resumen: En este papel de trabajo se realiza una explicación introductoria sobre la investigación y juzgamiento de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a la luz de la situación I de Venezuela, bajo estudio de la Oficina del Fiscal ante la Corte Penal Internacional. Se analiza el contexto y los antecedentes de la Situación I de Venezuela; se explica cuáles son las fases del examen preliminar y los criterios usados para admitir una investigación formal; se analizan los principios, garantías y conceptos previstos en el Estatuto de Roma, así como sus implicaciones en el caso de Venezuela; se concluye con los escenarios posibles y recomendaciones en el proceso de transición hacia la democracia, plena vigencia del Estado de Derecho y preeminencia de los derechos humanos.

Palabras clave: Examen preliminar, Investigación, principios, competencia, complementariedad, admisibilidad

SUMARIO

I. Introducción; II. Contexto y antecedentes de la Situación I de Venezuela ante la Corte Penal Internacional; III. Complementariedad de la CPI y autoría mediata de los superiores; IV. ¿Cuáles son los crímenes que ha documentado y verificado la OFCPI hasta

* Profesor Invitado de Derecho Penal Internacional de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Monteávila. Director del Monitor de Derechos Humanos y del Observador de Crímenes contra la Paz.

ahora?; V. La MIIDH y su importancia en la determinación de los crímenes en Venezuela; VI. La tarea del Fiscal Karim Khan; VII. Actividad procesal de la FGR venezolana; VIII. Los conceptos, principios y garantías del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sus implicaciones en la Situación I de Venezuela; IX. Conclusiones.

ABREVIATURAS

AECPPI	Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional
AN	Asamblea Nacional
CDHONU	Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CLH	Crímenes de lesa humanidad
ComisiónIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COPENAL	Código Penal
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CSONU	Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas
DCP	Derechos Civiles y Políticos
DDHH	Derechos Humanos
DESCA	Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales
DPI	Derecho Penal Internacional
ECC	Empresa criminal conjunta
ECrim	Elementos de los Crímenes
EHC	Emergencia Humanitaria Compleja
ERCPI	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
FGRBV	Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela
FPP	Fondo para la Paz (<i>Fund for Peace</i>)
MIIDH	Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos
MPPRE	Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de Venezuela
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
OFMPI	Oficina del Fiscal ante la Corte Penal Internacional
ONU	Organización de Naciones Unidas
OVMPI	Oficina de Víctimas ante la Corte Penal Internacional
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SACPI	Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional
SCPCPI	Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional
SGOEA	Secretaría General de la Organización de Estados Americanos
UCAB	Universidad Católica Andrés Bello
OCHA	Oficina de Naciones Unidas para los Asuntos Humanitarios

I. INTRODUCCIÓN¹

El 3 de noviembre de 2021 se abrió la investigación formal de la Situación I de Venezuela,² luego de un prolongado examen preliminar de casi cuatro años. El anuncio se hizo de forma extraordinaria en el Palacio de Miraflores en el acto de firma³ del Memorándum o Carta de Entendimiento⁴ entre la Oficina del Fiscal ante la CPI Karim Kahn y Nicolás Maduro, Jefe del Estado Parte concernido. Ese suceso marcó un giro trascendente al aplicarse el principio de complementariedad, según el cual se afirma la competencia de la CPI, al constatar que en Venezuela no se están realizando investigaciones relevantes ni genuinos a quienes podrían ser considerados como los máximos responsables de los crímenes ya identificados por la Ex Fiscal Fatou Bensouda en el examen preliminar, lo cual se ampliará más adelante en este trabajo.

Dicho acuerdo implica, necesariamente, que se ha notificado al Estado del inicio de la investigación. Como parte del trámite ordinario, toca a la Fiscalía notificar, también, a los Estados Partes del ERCPI del comienzo de esta. No obstante, la notoriedad del acto surte un efecto comunicacional de notoriedad universal. En este trabajo se analizarán

¹ El presente trabajo se realiza luego de una investigación hecha para la ONG venezolana Paz Activa, con motivo del examen preliminar sobre la Situación I de Venezuela. En tal sentido, se actualizan los datos relacionados con la apertura de la investigación formal.

² CPI, El Sr. Karim A.A. Khan QC, *Fiscal de la CPI, abre una investigación de la situación en Venezuela y concierda un Memorándum de Entendimiento con el Gobierno*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1625&ln=Spanish>; consultado el 21/12/2021.

³ Venezolana de Televisión, *Maduro y el Fiscal de la Corte Penal Internacional, Karim Khan, firman acuerdos: 3 noviembre 2021*. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=g8ksto7CZHI>; consultado el 20/12/2021.

⁴ OFCPI, *Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional*. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/otp/acuerdo/acuerdo-spa.pdf>; consultado el 20/12/2021.

las implicaciones procesales de una investigación, tanto para aquellos que se consideren sospechosos, como para las víctimas de los crímenes que se han perpetrado y que se deberán investigar bajo un estándar de prueba riguroso, según lo establecen los instrumentos aplicables.

La investigación de la situación I de Venezuela es la **única** en el continente americano y forma parte de un grupo de 16 casos que investiga la OFCPI:⁵ “Prevía remisión de los Estados Partes o del CSNU, o por iniciativa propia y con la autorización de los jueces, la Fiscalía (Fiscalía) realiza investigaciones reuniendo y examinando pruebas, interrogando a las personas investigadas e interrogando a víctimas y testigos, para el propósito de encontrar evidencia de la inocencia o culpabilidad de un sospechoso. La Fiscalía debe investigar las circunstancias incriminatorias y exonerantes por igual... Venezuela I. Situación remitida a la CPI por un grupo de Estados Partes el 27 de septiembre de 2018. El Fiscal de la CPI anunció que el examen preliminar había concluido con la decisión de proceder con las investigaciones, el 3 de noviembre de 2021.”

El día 17 de enero de 2022, la OFCPI informa que otorga al estado venezolano un plazo de tres (3) meses para que este informe a la CPI acerca de su investigación.⁶ Dicho plazo expira el 16 de abril de 2022.

De forma sorpresiva, y como efecto del inicio de la investigación por la OFCPI, en la AN se dio inicio a la primera discusión de un Proyecto de Ley sobre los Delitos de Genocidio, Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra.⁷ El título de este proyecto habla de delitos y no de crímenes, lo cual es un error terminológico de mucha significación e importancia jurídica, según el estándar del ERCPI. Habrá que esperar que se desarrolle el debate parlamentario y las consultas para saber cuál será en texto definitivo. En todo caso, dicha normativa no tendrá efec-

⁵ CPI, Situaciones bajo investigación. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>; consultado el 24/12/2021.

⁶ OFCPI, Notification on the status of article 18 notifications in the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I. Disponible en https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2022_00177.PDF; Consultado el 18 de enero de 2022.

⁷ Asamblea Nacional, *Parlamento aprueba en primera discusión Ley Especial sobre los Delitos de Genocidio*. Fecha: 14/12/2021. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/parlamento-aprueba-en-primera-discusion-ley-especial-sobre-los-delitos-de-genocidio>; consultado el 20/12/2021.

tos retroactivos, según afirman los parlamentarios. En tal sentido, de aprobarse dicha normativa no afectará la investigación que adelanta el OFCPI, porque sus efectos deberán ser a futuro.

En paralelo a la investigación *in commento*, se desarrolla el examen preliminar sobre la llamada Situación II de Venezuela,⁸ la cual parte de una remisión que hizo el Estado venezolano y en la que se afirma de forma categórica, que las sanciones internacionales impuestas a varios de los miembros del gobierno ocasionan crímenes contra la población venezolana, en general; y, en particular, contra los miembros y partidarios del gobierno. Dichos crímenes serían: asesinato, exterminio, persecución, deportación y graves sufrimientos físicos y mentales, tipificados en el artículo 7 del ERCPI. Tal remisión ha sido respaldada por una intensa campaña de propaganda por parte del gobierno venezolano,⁹ así como de discutibles informes de funcionarios internacionales.¹⁰

II. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA SITUACIÓN I DE VENEZUELA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Desde el 17 de julio de 1998,¹¹ fecha en la cual se aprobó el ERCPI en la ciudad de Roma, Italia, en una sesión especial de la Asamblea de la ONU surgió la estructura global de un tribunal penal de alcance mundial, el cual se constituyó en la expresión de la máxima tutela jurídica posible de los derechos de la humanidad, en complemento de la tarea

⁸ República Bolivariana de Venezuela, *Remisión conforme al artículo 14 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por parte de la República Bolivariana de Venezuela con respecto a las medidas Coercitivas Unilaterales*. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2020_00803.PDF; consultado el 21/12/2021.

⁹ MPPRE, *Canciller Arreaza inaugura videoconferencia «Medidas Coercitivas Unilaterales: Irrespeto del Derecho Internacional y graves consecuencias humanas»*. Disponible en <http://mppre.gob.ve/2021/06/09/canciller-inaugura-videoconferencia-medidas-coercitivas-unilaterales-irrespeto-derecho-internacional/>; consultado el 21/12/2021.

¹⁰ OACNUDH, *Conclusiones preliminares de la visita a la República Bolivariana de Venezuela de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26747&LangID=S>; consultado el 21/12/2021.

¹¹ ONU, *Preguntas y respuestas*. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>; consultado el 21/06/2021.

que deben acometer los Estados en la protección jurídica y material de su población, en ejercicio de la responsabilidad de proteger, acordada en 2005 en el seno de la ONU.¹²

Como antecedentes próximos a la CPI, están las Cortes Ad-Hoc de Núremberg,¹³ Tokio,¹⁴ Ruanda¹⁵ y la ExYugoslavia,¹⁶ e híbridas: las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya,¹⁷ el Tribunal Especial para el Líbano,¹⁸ el Tribunal Especial para Timor del Este¹⁹ y el Tribunal Residual para Sierra Leona,²⁰ así como el intenso desarrollo de la jurisdicción universal²¹ en la sede territorial de los países, con lo cual se ha conformado un nuevo *corpus iuris*, integrado también por la

¹² ONU, *60º periodo de sesiones. Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de septiembre de 2005. 60/1. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Párrafos 138y 139. Disponible en: https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf; consultado el 05 de julio de 2021.*

¹³ Yale Law School, *The International Military Tribunal for Germany. Contents of The Nuremberg Trials Collection.* Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp; consultado el 21/06/2021.

¹⁴ ONU, *INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST.* Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf; consultado el 21/06/2021; Torkel Opsahl Academic EPublisher (TOAEP), *The Tokyo Tribunal: Perspectives on Law, History and Memory.* Disponible en: <https://www.toaep.org/nas-pdf/3-dittrich-lingen-osten-makraiova>; consultado el 21/06/2021.

¹⁵ ONU, *Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda.* Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>; consultado el 21/06/2021.

¹⁶ ONU, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.* Disponible en: <https://www.icty.org/>; consultado el 21/06/2021.

¹⁷ *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia.* Disponible en: <https://www.eccc.gov.kh/en/node/39457>; consultado el 21/06/2021.

¹⁸ The Special Tribunal for Lebanon is the first tribunal of international character to prosecute terrorist crimes. Disponible en: <https://www.stl-tsl.org/en>; consultado el 21/06/2021.

¹⁹ Universitat de les Illes Balears, *Paneles Especiales de Dili para Timor Leste.* Disponible en: <https://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/3.-Paneles-Especiales-de-Dili-para-Timor-Leste..cid211449>; consultado el 03 de julio de 2021.

²⁰ Tribunal Especial Residual para Sierra Leona. Disponible en <http://www.rscsl.org/>; consultado el 03 de julio de 2021.

²¹ Equipo Nizkor, *Texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal.* Disponible en: [http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html#:~:text=Los%20Principios%20de%20Princeton%20sobre%20la%20Jurisdicci%C3%B3n%20Universal%20\(los%20%22Principios,tema%20de%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20universal.&text=En%20muchos%20reg%C3%ADmenes%20jur%C3%ADdicos%2C%20el,en%20ausencia%20de%20legislaci%C3%B3n%20nacional](http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html#:~:text=Los%20Principios%20de%20Princeton%20sobre%20la%20Jurisdicci%C3%B3n%20Universal%20(los%20%22Principios,tema%20de%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20universal.&text=En%20muchos%20reg%C3%ADmenes%20jur%C3%ADdicos%2C%20el,en%20ausencia%20de%20legislaci%C3%B3n%20nacional); consultado el 04 de julio de 2021.

abundante jurisprudencia, la doctrina y los avances forenses derivados del sistema jurídico penal internacional. De esta manera, la comunidad internacional cuenta ahora con un nuevo elemento complementario para el ejercicio de la responsabilidad de proteger²² cuando los Estados no pueden o no quieren cumplir con ese deber primario y el Estado de Derecho²³ ha sido menoscabado gravemente. La doctrina y la jurisprudencia también vienen alumbrando el camino y son las fuentes primordiales para entender los avances que hay en la materia, especialmente la Situación I de Venezuela que adelanta la OFCPI.

Ello es importante para entender el impacto positivo de estas instituciones y la disciplina que se debe tener en las transiciones²⁴ hacia la democracia y la reinstauración del Estado de Derecho, como es el caso de Venezuela, donde existe un Estado frágil²⁵ y se dificulta la protección de las víctimas de atrocidades; ello, en la medida en que complementa los esfuerzos locales, mediante la posibilidad de investigar y enjuiciar a los máximos responsables de las atrocidades que han ocurrido y las que puedan seguir ocurriendo. Lo trascendente de este paso es que se establece una hoja de ruta constitucional y pacífica. En tal sentido, se descarta la posibilidad del uso de la fuerza y la intervención militar como camino para resolver la crisis del país.

Así las cosas, el DPI²⁶ es una nueva especialidad jurídica de tutela de los derechos humanos que se nutre de múltiples fuentes, las cuales

²² Fernando M. Fernández, *La Responsabilidad de proteger o R2P y sus implicaciones para Venezuela*. Disponible en https://urru.org/papers/DDHH/DDHH_2020_varios/20201128_R2P_FernandoFernandez.pdf; consultado el 05 de julio de 2021.

²³ World Justice Project, *Índice de Estado de Derecho en México 2020-2021*. Disponible en: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/GROLI-Spanish-v2_0.pdf; consultado el 04 de julio de 2021.

²⁴ El 17 de agosto de 2021, en la Gaceta Oficial # 6.337, se dio a conocer oficialmente, un documento titulado “Memorando de entendimiento entre el Gobierno de Venezuela y sectores de la oposición” en el que se sientan las bases generales de negociaciones, suscrito en México el 13 de agosto del mismo año. Sin que haya que formarse expectativas exageradas, es un reconocimiento del inicio de un proceso tendiente a la transición democrática. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2021/08/memorando-de-entendimiento-entre-el.html>; consultado el 18 de julio de 2021.

²⁵ The Fund for Peace, *Fragile States Index 2021 – Annual Report*. Disponible en: <https://fragilestatesindex.org/2021/05/20/fragile-states-index-2021-annual-report/>; consultado el 04 de julio de 2021.

²⁶ Cherif Bassiouni, *El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46205.pdf>; consultado el 21/06/2021

se han venido enriqueciendo con la implementación de nuevas leyes en cada uno de los países signatarios del ERCPI (139), y que lo hayan ratificado (123) hasta ahora, por lo que su alcance se ha hecho planetario y su dinámica se ha incrementado. Los Estados Partes del ERCPI constituyen la AEPCCI,²⁷ la cual se reúne anualmente para tratar los asuntos concernientes a la aplicación del ERCPI, y publica en cada periodo un informe sobre las situaciones y casos.²⁸

Venezuela fue el primero de los países de Iberoamérica en aprobar el ERCPI y el 11° del mundo que lo ratificó, luego de promulgar la correspondiente Ley Aprobatoria²⁹ y consignar el instrumento de ratificación ante el Secretario General de la ONU, el día 7 de junio del año 2000, en ejecución del artículo 126 del Estatuto. El mismo entró en pleno vigor el 1° de julio de 2002, luego de un intenso trabajo de la Comisión Preparatoria³⁰ y después de cumplirse todos los requisitos y lapsos. Venezuela aceptó plenamente la jurisdicción de la CPI a los fines internacionales, exclusivamente, la cual opera de forma complementaria a la jurisdicción nacional, es decir, se activa en caso de incapacidad o falta de voluntad para su pleno ejercicio en el territorio. Bajo estos supuestos de incapacidad total es como se justifica la investigación de la OFCPI.

No obstante, Venezuela se encuentra en mora en la implementación del ERCPI. También el país está retrasado desde 1948, cuando se aprobó la Convención contra el Genocidio.³¹ Sin embargo, se haya

²⁷ AECPI, *Asamblea de los Estados Partes concluye la primera continuación de su decimonoveno periodo de sesiones*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1558&ln=Spanish>; consultado el 03 de julio de 2021.

²⁸ AECPI, *Informe sobre las actividades de la Corte Penal Internacional 2019-2020*. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-9-SPA-ICC%20Activities-Court--16nov20-1800.pdf; consultado el 03 de julio de 2021.

²⁹ Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.507 Extraordinario de fecha 13 de diciembre de 2000. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/03/estatuto-de-roma-de-la-corte-penal.html>; consultado el 03 de julio de 2021.

³⁰ ONU, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/law/icc/prepcomm/prepfra.htm>; consultado el 03 de julio de 2021.

³¹ ONU, *Convención para la Prevención y el Castigo del Genocidio*. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf; consultado el 03 de julio de 2021.

sujeta a la jurisdicción complementaria, no subsidiaria ni sustitutiva, de la CPI al ser parte del instrumento. Recientemente, se ha presentado un proyecto de Código de Derecho Penal Internacional (CODEPI),³² entre otras iniciativas precedentes, para que se implemente en Venezuela. No obstante, aún no existe iniciativa legislativa ni debate alguno al respecto. Y, dicho sea de paso, la norma del artículo 23 de la CRBV³³ es insuficiente para pensar que el ERCPI es aplicable de forma directa en Venezuela, debido a que esta norma se restringe a los tratados en derechos humanos y, sobre todo, en virtud del principio de legalidad penal, dado que se trata de normas penales sustantivas y procesales, y que, además, dicho instrumento no es un tratado autoejecutable, porque requiere de implementación legislativa en cada país, en virtud del principio de complementariedad (Ambos, S/F).³⁴

Desde el día 08 de febrero de 2018, la OFCPI³⁵ abrió un examen preliminar. Así lo expuso la Exfiscal ante la CPI Fatou Bensouda en su **último** informe a la AEPCPI de 2020.³⁶ El 3 de noviembre de 2021 el Fiscal Karim Khan comunicó públicamente, desde el Palacio de Miraflores, su decisión de abrir la investigación sobre los crímenes identificados, lo cual le llevará a determinar quiénes son los sospechosos de

³² Fernando M. Fernández, *Acceso a la Justicia Universal. Exposición de motivos. El Código de Derecho penal Internacional (“CODEPI”). Base de la memoria jurídica, la reconciliación y la paz en Venezuela*. Disponible en <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/913-952.pdf> y https://www.urru.org/papers/2016_varios/20160810_CODEPI_Fernando_Fernandez.pdf; consultados el 03 de julio de 2021.

³³ CRBV: “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

³⁴ Kai Ambos, *Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2230/6.pdf>; consultado el 05 de julio de 2021.

³⁵ OCPI (2018), Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la apertura de exámenes preliminares en Filipinas y Venezuela. Disponible en https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=Spanish;_consultado el 03 de julio de 2021.

³⁶ OFCPI, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf>; consultado el 03 de julio de 2021.

ser los máximos responsables de la perpetración de crímenes de lesa humanidad en Venezuela desde 2017 al menos.

En su momento, la Exfiscal Bensouda se expresó en estos términos:

“Desde el año 2016, he seguido de cerca las situaciones en la República de Filipinas (“Filipinas”) y en la República Bolivariana de Venezuela (“Venezuela”). Ambos países son Estados Partes del Estatuto de Roma... El examen preliminar sobre la situación en Venezuela analizará crímenes presuntamente cometidos en este Estado Parte al menos desde abril de 2017, en el marco de manifestaciones y la inestabilidad política conexas. En particular, se ha alegado que fuerzas de seguridad del Estado con frecuencia utilizaron fuerza excesiva para dispersar y reprimir manifestaciones, y que han detenido y encarcelado a miles de miembros de la oposición, reales o aparentes, algunos de los cuales habrían sido presuntamente sometidos a graves abusos y maltrato durante su detención. También se ha informado que algunos grupos de manifestantes habrían recurrido a medios violentos, resultando en lesiones o muertes de algunos miembros de las fuerzas de seguridad... *La CPI tendría competencia sobre los crímenes de genocidio y lesa humanidad y crímenes de guerra si fueran cometidos en los respectivos territorios de Filipinas y de Venezuela o por sus respectivos nacionales a partir de la fecha en que el Estatuto entró en vigor en cada Estado; a saber, a partir del 1º noviembre de 2011 en Filipinas, y a partir del 1º de Julio de 2002 en Venezuela.*”

• **Comentarios:**

- a) La OFCPI ha seguido los hechos perpetrados en Venezuela desde 2016. El Examen preliminar se abrió el 08 de febrero de 2018.
- b) En el examen preliminar se analizó la situación en Venezuela respecto de presuntos crímenes “cometidos en este Estado Parte al menos desde abril de 2017, en el marco de manifestaciones y la inestabilidad política conexas. Con frecuencia utilizaron fuerza excesiva para dispersar y reprimir manifestaciones, y que han detenido y encarcelado a miles de miembros de la opo-

sición, reales o aparentes, algunos de los cuales habrían sido presuntamente sometidos a graves abusos y maltrato durante su detención.” En una investigación formal, podrán verse otros hechos anteriores o contemporáneos a 2017. Es de esperar que la investigación se extienda a los hechos criminales de 2014 y de antes, así como que se incluyan los crímenes de asesinato y de desaparición forzada.

- c) No se ha determinado aún cuales son los crímenes identificados. Eso es lo que puede hacerse en una investigación formal, así como la individualización de los sospechosos, a los fines de lograr realizar una acusación ante un posible juicio en el futuro, lo cual requiere de un estándar de prueba mucho más exigente que el del examen preliminar.
- d) También ha recibido información sobre muertes de miembros de fuerzas de seguridad, lo cual quiere decir que el gobierno ha informado de estos posibles hechos, dando su versión de estos.
- e) Señala que la CPI tendría competencia sobre cualquier crimen que se hubiese cometido en Venezuela desde el 1º de julio de 2002. Dato este muy importante, habida cuenta del patrón seguido en los ataques constantes a la población civil, cuyas raíces pueden ubicarse desde entonces.

A toda la crisis de derechos humanos y de la institucionalidad, se agrega que Venezuela atraviesa una profunda crisis social y económica desde hace varios años que ha sido caracterizada como emergencia humanitaria compleja,³⁷ bajo un Estado frágil,³⁸ prácticamente incapaz de garantizar los DDHH, tanto los DCP como los DESCAs de la gran mayoría de la población. Ni siquiera en tiempos de pandemia se ha producido alguna atenuación. Más bien, los ataques a la población civil se han agravado (Fernández y JEP, 2021).³⁹ El impacto de estos ataques

³⁷ UNOCHA, *Seven million people require some form of humanitarian or protection assistance in Venezuela*. Disponible en: <https://www.unocha.org/venezuela/about-venezuela>; consultado el 04 de julio de 2021.

³⁸ FFP, *Fragile States index 2021*. Disponible en: <https://fragilestatesindex.org/2021/05/20/fragile-states-index-2021-annual-report/>; consultado el 14 de julio de 2021.

³⁹ Fernando M. Fernández y JEP, *Situación de los derechos civiles y políticos en Venezuela durante la pandemia (2020-2021), a la luz del Derecho Internacional de los DDHH y el*

en la sociedad ha sido mayúsculo: para el 10 de enero de 2021 hay 6.040.290⁴⁰ de venezolanos que se han desplazado fuera del país de forma desesperada, bien como refugiados, asilados o migrantes forzados. Además, 96% de los hogares venezolanos están en situación de pobreza y 79% en pobreza extrema (ENCOVI, 2019).⁴¹ En fin, se ha producido un profundo daño antropológico a los venezolanos (Uzcátegui, 2021).⁴² En el plano institucional, existe en Venezuela un dualismo estatal que se traduce en anomia estatal y que ocasiona múltiples problemas, al tratarse de imponer un modelo contrario a la CRBV (Fernández, 2018).⁴³

La gravedad de la situación I y de las violaciones a los derechos humanos en Venezuela ha captado la atención de muchos otros organismos internacionales. En particular, la CIDH ha incluido a Venezuela de forma ininterrumpida desde 2002 hasta 2020 en el capítulo IV de su informe anual, donde se incluyen las peores situaciones de países de toda América. En su informe de 2017, por ejemplo, la Comisión tacha como inaceptable “el número de personas muertas y detenciones producidas en el marco de operativos para reprimirlas arbitrariamente”⁴⁴.

Derecho Penal Internacional. Disponible en: <https://www.jepvenezuela.com/2021/07/09/informe-de-jep-denuncia-agravamiento-de-la-crisis-de-derechos-civiles-y-politicos-en-venezuela/>; consultado el 04 de julio de 2021.

⁴⁰ “Estas cifras representan la suma de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo venezolanos reportados por los gobiernos anfitriones. No necesariamente implican identificación individual, ni registro de cada individuo, e incluye un grado de estimación, según la metodología de procesamiento de datos estadísticos utilizada por cada gobierno. Como muchas de las fuentes de los gobiernos no toman en cuenta a venezolanos sin un estatus migratorio regular, es probable que el número total sea más alto” En: Plataforma de Coordinación Internacional para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), *Refugiados y migrantes de Venezuela*. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>; consultado el 18 de enero de 2022.

⁴¹ “79,3% de los venezolanos no tienen como cubrir la canasta de alimentos. La intensidad de la pobreza continuó su tendencia creciente. Si se determina a través de la línea de pobreza, se encuentra que 96% de los hogares están en situación de pobreza y 79% en pobreza extrema, hecho que significa en el último caso que los ingresos percibidos son insuficientes para cubrir la canasta alimentaria.” En: Proyecto ENCOVI. Disponible en: <https://www.proyectoencovi.com/informe-interactivo-2019>; consultado el 17 de julio de 2021.

⁴² Rafael Uzcátegui, *El daño antropológico a los venezolanos*. Disponible en: <https://provea.org/opinion/el-dano-antropologico-a-los-venezolanos/>; consultado el 04 de julio de 2021.

⁴³ Fernando M. Fernández, *Estado Dual o anómico. Efectos corruptivos*, Editorial Académica Española, Mauricio, 2018.

⁴⁴ CIDH, *Informe Anual 2017. Capítulo IV*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.4bVE-es.pdf>; consultado el 01 de agosto de 2021.

Capítulo IV de los Informes Anuales de la CIDH desde 2002 hasta 2020

VENEZUELA

2002. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.4d.htm>
2003. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/indice.htm>
2004. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/cap.5d.htm>
2005. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/cap.4d.htm>
2006. Disponible en:
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap4d.2006.sp.htm>
2007. Disponible en:
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/cap4Venezuela.sp.htm>
2008. Disponible en:
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/cap4.Venezuela.sp.htm>
2009. Disponible en:
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Venezuela09.sp.htm>
2010. Disponible en:
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm>
2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>
2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp>
2013. Disponible en:
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/Informeannual-Cap4-Venezuela.pdf>
2014. Disponible en:
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2014/docs-es/anual2014-cap4Venezuela.pdf>
2015. Disponible en:
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/Informeannual2015-Cap4-Venezuela-Es.pdf>
2016. Disponible en:
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/docs/Informeannual2016cap4B.Venezuela-es.pdf>
2017. Disponible en:
<https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.4bVE-es.pdf>
2018. Disponible en:
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.4b.VE-es.pdf>;
2019. Disponible en:
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4bVE-es.pdf>
2020. Disponible en:
<https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2020/capitulos/IA2020cap.4b-VE-es.pdf>

En este cuadro se evidencia el carácter crónico y sistémico de las violaciones de derechos humanos en Venezuela desde 2002 hasta 2020.

III. COMPLEMENTARIEDAD DE LA CPI Y AUTORÍA MEDIATA DE LOS SUPERIORES

En días pasados, circuló un documento, inicialmente confidencial pero luego hecho público, firmado por la Exfiscal Fatou Bensouda el día 15 de junio de 2021, presentado en la Sala de Cuestiones Preliminares. En el mismo, se pronunció afirmativamente sobre la complementariedad de la CPI y admisibilidad de la situación I de Venezuela. Se trata de un resumen de sus conclusiones sobre el examen preliminar que ha estado bajo el análisis jurídico de su Oficina desde el 08 de febrero de 2018, cuando lo abrió de oficio (*proprio motu*).

La Exfiscal Bensouda dijo esto:⁴⁵

IV. “2. Como señaló la Fiscalía en su presentación anterior ante la Sala, la Fiscal ha concluido su examen preliminar de la Situación relativa a Venezuela I. En particular, tras un proceso riguroso e independiente, que se ha beneficiado de la cooperación constante del Gobierno de Venezuela, así como otros interesados, el Fiscal ha concluido que existe una base razonable para creer que en Venezuela se han cometido crímenes de la competencia de la Corte. Esta determinación será entregada al Fiscal entrante para su consideración y decisión final.”

Su pronunciamiento fue afirmativo al informar que dio por concluido el examen preliminar. Solo faltó decir algo sobre la gravedad de los hechos en términos de su empeoramiento. Además, afirmar el interés de la justicia, para cumplir las 4 fases del Documento de política sobre los exámenes preliminares elaborado por la Fiscalía ante la CPI. Pero, si en su opinión se concluyó dicho análisis, es porque esas fases están cumplidas implícitamente. No se puede olvidar que parte de su legado procesal al Derecho Penal Internacional es haber sistematizado una política sobre los exámenes preliminares.⁴⁶

⁴⁵ OFCPI, *SITUATION IN THE BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA I*. Disponible en ICR2021_05505.PDF (icc-cpi.int); consultado el 14 de agosto de 2021

⁴⁶ OFCPI, Documento de política general sobre exámenes preliminares. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf>; consultado el 15 de julio de 2021.

La Exfiscal Bensouda afirmó en su resumen que las autoridades venezolanas están inactivas en la investigación sobre los crímenes documentados que han ocurrido en Venezuela. Eso quiere decir que no se están investigando a las máximas autoridades que controlan los **órganos** de poder y su presunta responsabilidad en los hechos atroces. En otras palabras, las investigaciones a funcionarios de baja jerarquía que actuaron como autores directos o inmediatos en los hechos no son los indicados, según la jurisprudencia reiterada y pacífica de la CPI.

Es imprescindible, entonces, determinar la autoría mediata (Briceño, 2021)⁴⁷ en la estructura organizada de poder (Modolell, 2021)⁴⁸ a los fines de saber la autoría del crimen en cada caso acontecido en Venezuela. Según la mejor doctrina, se trata de determinar (i) que no se trata de crímenes cometidos individual y separadamente por los autores directos, sino que (ii) se trata de identificar los hechos cometidos según la lógica de funcionamiento de la “máquina de poder” instalada en las instituciones del Estado, la cual opera según la cadena de mando (San Miguel, 2021).⁴⁹

La Exfiscal Bensouda se pronunció sobre la declaración *in limine* de la solicitud del Fiscal Saab de un control judicial de la actividad de la Fiscalía ante la CPI durante el examen preliminar. La Sala de Cuestiones Preliminares así lo hizo. Declarar *in limine* un recurso de cualquier litigante en un proceso legal quiere decir que está en el umbral, que es improcedente, inadmisibles e impertinente. Que no se ajusta a Derecho. En estos casos, el recurso intentado ni siquiera se oye en una incidencia del proceso. El rechazo es contundente, inapelable y no controvertible.

La Exfiscal Bensouda en su comunicación afirmó que no hay independencia de los jueces en Venezuela. Esa opinión desvela la incapacidad fáctica de investigar a los máximos responsables de las atrocidades, tal como ha sido documentado y verificado por varias fuentes de organismos multilaterales y ONG internacionales y nacionales reconocidas.

⁴⁷ Carlos D. Briceño, *Autoría, Autoría Directa y Autoría mediata*, Glosario de Justicia Internacional Penal, ob. Cit. Págs. 52 a 54.

⁴⁸ Juan Luis Modolell, *Autoría mediata en estructuras organizadas de poder*, Glosario de Justicia Internacional Penal, ob. Cit. Págs. 54 y 55.

⁴⁹ Rocío San Miguel, *Cadena de mando*, Glosario de Justicia Internacional Penal, ob. Cit. Pág. 62.

Es notoria su politización y, además, bien documentada su falta de autonomía institucional. Ello ha sido confirmado en el 2º informe de la MIIDH ante el CDHONU durante la 48ª reunión de 2021.

Afirmó, además que, en Venezuela, no se adelantan investigaciones genuinas conforme a la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y los estándares del Estatuto de Roma. Se debe recordar que, desde los juicios de Nuremberg y Tokio hasta ahora, se trata de investigar los máximos responsables de las organizaciones de poder y su posible responsabilidad en los hechos criminales.

Los crímenes ya documentados y verificados por la Fiscalía son: persecución, encarcelación, tortura y violación, tipificados en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Eso no quiere decir que estén negados otros hechos punibles. La investigación podrá dar pruebas fehacientes acerca de otros crímenes como el asesinato, la deportación y la desaparición forzada, por ejemplo.

La Exfiscal Bensouda señaló a los organismos civiles y militares, así como individuos progubernamentales que han participado en los hechos atroces suficientemente documentados. Eso es un avance importantísimo que se enfoca hacia las entidades que han actuado. Confirma lo documentado por la Misión Independiente de Determinación de los Hechos de la ONU y la Alta Comisionada de DDHH, entre otras fuentes calificadas y legitimadas para dar información veraz y creíble.

La investigación de la OFCPI puede ser interrumpida en cualquier momento si las autoridades fiscales y judiciales de un Estado realizan la actividad procesal que corresponde; esto es, investigar de forma genuina e independiente a los posibles autores mediatos dentro de la cadena de mando civil o militar de la organización conectada causalmente con los hechos. Como, por ejemplo, que se abran investigaciones genuinas a los presuntos máximos responsables de los hechos, según la jurisprudencia y la doctrina asumida por la CPI sobre el dominio del hecho y con el control efectivo de la organización criminal.

El criterio de la OFCPI ha sido expuesto por el Fiscal Adjunto de la OFCPI, James Stewart,⁵⁰ y confirma la posición tomada en la senten-

⁵⁰ OFCPI, *James Stewart Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional. El artículo 28 del Estatuto de Roma*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20181102-dp-bogota.pdf>; consultado el 23 de agosto de 2021.

cia de 1ª Instancia de la CPI en el caso *Prosecutor vs Bemba* sobre la responsabilidad penal del superior, del comandante o de quien tiene el mando, quien dice lo siguiente:

“La razón de ser de la responsabilidad del comandante es su posición única. El comandante es responsable de una fuente de peligro para la población civil, aun en tiempos de paz, pero mucho más en tiempos de conflicto armado. Esto lo resaltó la Sala Tercera de la CPI, que fue la Sala de Primera Instancia en el caso contra Jean Pierre Bemba Gombo (2016), y no ha sido modificado por la reciente decisión de la Sala de Apelaciones: “las responsabilidades impuestas por DIH de prevención y represión de crímenes se vincula al potencial daño irreparable que puede ocasionar el no cumplir adecuadamente con dichas responsabilidades.”

- **Remisión de Estados Partes de una situación en Venezuela**

“Artículo 14 del ERCPI. Remisión de una situación por un Estado Parte

1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas.
2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante.”

El 27 de septiembre de 2018, seis Estados Partes del ERCPI realizaron una remisión⁵¹ a la OFCPI, solicitando la investigación de crímenes de lesa humanidad en Venezuela desde 2014, incluyendo crímenes de asesinato, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional,

⁵¹ Coalición por la Corte Penal Internacional, *Carta de Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Paraguay y Perú a la Fiscal de la CPI por remisión de Venezuela*. Disponible en: https://www.coalitionfortheicc.org/sites/default/files/cicc_documents/Carta%206%20Paises%20remision%20Venezuela%20a%20la%20CPI-%2026%20Sept%202018.pdf; consultado el 01 de febrero de 2022.

tortura, violación y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos y desaparición forzada de personas.

En efecto, con base en el artículo 14 del Estatuto de Roma, varios Estados Partes remitieron la situación de Venezuela a la Fiscalía. Esto es un caso sin precedentes en la historia del Derecho Penal Internacional (“DPI”) y de la entrada en vigor global del Estatuto de Roma no solo porque se usa por vez primera esta institución procesal, sino porque son varios Estados parte de dicho instrumento de la misma región. Se trata de Argentina, Colombia, Chile, Paraguay, Perú y Canadá.

Dice así la carta de remisión de la situación de Venezuela:

“Tenemos el honor de dirigirnos a usted en nombre y representación de los Gobiernos de la República Argentina, Canadá, la República de Colombia, la República de Chile, la República del Paraguay y la República del Perú, a fin de remitir para su investigación la situación relativa a crímenes de lesa humanidad de competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte o la CPI) que se habrían cometido en la República Bolivariana de Venezuela (en adelante, Venezuela) a partir del 12 de febrero de 2014, con vistas a determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas. Se realiza tal remisión al amparo de lo previsto en el artículo 14, numeral 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, el Estatuto), hecho el 17 de julio de 1998 y vigente desde el 1 de julio de 2002, del cual Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y el Perú son también Estados Parte...”

- **Comentarios:**

- i. Los solicitantes afirman la total legitimidad de su actuación como representantes formales de cada uno de sus gobiernos, partes, a su vez, del ERCPI.
- ii. Remiten una situación particular de otro Estado Parte del ERCPI, en este caso, Venezuela.
- iii. Solicitan formalmente que se abra una investigación respecto a la situación relativa a crímenes de lesa humanidad de competencia de la Corte,

Esa actividad interestatal presentada de forma mancomunada le proporciona un enorme peso moral y jurídico al procedimiento que apenas se inicia. Se debe tomar en cuenta que Venezuela no cuenta con legislación interna de implementación del ERCPI. No obstante la importancia de este acontecimiento, inédito hasta ahora, ello no es suficiente para que se produzca un resultado inmediato en relación con la apertura de la investigación. Hay que recordar que la OFCPI debe ser imparcial e independiente y, solo deberá atender lo que se desprenda de su análisis para que abra o no una investigación.

Sin embargo, la independencia de la OFCPI no es absoluta o incondicionada, razón de ser de la Sala de Cuestiones Preliminares con diferentes funciones de control. Asimismo, los Estados Parte titulares de la acción deben vigilar por el pronunciamiento que hará la OFCPI. Además, existen causales de recusación por desviación de su independencia (Art. 42 del ECPI y Regla 34).

Así, un Estado Parte puede pedir la inhibición del Fiscal (Artículo 18.2 del Estatuto de Roma y Regla 53). La AECPI tiene una enorme responsabilidad por la designación del Fiscal y los Magistrados. Asimismo, debe velar por la incolumidad de la justicia y la idoneidad de los designados. En tal sentido, podrá acordar la Separación del cargo de un magistrado, el Fiscal o un Fiscal Adjunto (Art. 81 del Reglamento de la Asamblea de Estados Parte), o tomar otras medidas disciplinarias (Art. 82 *ejusdem*). Las víctimas, sean personas naturales o jurídicas, podrán consignar opiniones, observaciones, informaciones y participar en el proceso por sí o por medio de representantes individuales o comunes, previa autorización de la Secretaría de la CPI.

El instituto de la remisión no es una denuncia propiamente dicha ni una acusación penal. Se trata de una información calificada que realizan uno o más Estados Partes, acerca de la situación que se observa en otro Estado que haya suscrito el ERCPI. Así las cosas, el principio de complementariedad y el deber de proteger que tiene la comunidad internacional respecto de los derechos humanos permite que se realice la remisión. Esta obligación complementaria tutelar de la comunidad internacional respecto de los derechos fundamentales de la humanidad,

hace posible que no se afecten los principios de soberanía o de autodeterminación de los pueblos. En otras palabras, en caso de que el Estado Parte cumpla con su deber de proteger a su población no se activaría la competencia jurídica de la CPI. En tal sentido, la remisión de la situación por presuntos crímenes cometidos dentro del territorio de un Estado Parte o por sus nacionales opera solo cuando este no cumple con sus obligaciones básicas, bien sea por imposibilidad material o legal o porque el gobierno no tenga la voluntad de hacerlo. Ese es el caso de Venezuela.

V. ¿CUÁLES SON LOS CRÍMENES QUE HA DOCUMENTADO Y VERIFICADO LA OFCPI HASTA AHORA?

Por los momentos, la OFCPI ha podido identificar, documentar y verificar que existe fundamento razonable,⁵² según el estándar de prueba correspondiente, para creer que se han cometido crímenes de la competencia de la CPI. Para iniciar una investigación formal por causa de perpetración de los crímenes de lesa humanidad en Venezuela de competencia de la CPI, se deben cumplir todas las fases del examen preliminar.

Dice así el documento de la OFCPI:⁵³

“Específicamente, y sin perjuicio de otros crímenes que la Fiscalía pueda determinar en una etapa posterior, la Fiscalía ha concluido que la información disponible en esta etapa brinda un fundamento razonable para creer que, al menos desde abril de 2017, autoridades civiles, miembros de las fuerzas armadas e individuos a favor del Gobierno han cometido los crímenes de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, con arreglo al

⁵² Leonardo Verónico, *Examen preliminar*, Glosario de Justicia Internacional Penal, págs. 133 y 134. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/libros/glosario-de-justicia-internacional-penal/>; consultado el 05 de julio de 2021.

⁵³ OFCPI, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf>; consultado el 04 de julio de 2021.

apartado e) del párrafo 1 del artículo 7; tortura, conforme al apartado f) del párrafo 1 del artículo 7; violación y/u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, con arreglo al apartado g) del párrafo 1 del artículo 7; y persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, de conformidad con el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma.

El principio de complementariedad es la parte esencial de la responsabilidad de proteger a la población ejercida por la comunidad internacional y sus instituciones destinadas a ello, complementando a los Estados cuando estos no pueden o no existe voluntad de cumplir con sus deberes fundamentales en la protección de su propia población civil. Tal es el caso de Venezuela: se ha constatado que no existe voluntad ni existe la capacidad legal, institucional y funcional necesaria para acometer esas investigaciones y juicios de forma genuina, cabal, independiente e imparcial.

La OFCPI, durante el examen preliminar, ha encontrado bases razonables⁵⁴ que indican la perpetración de crímenes internacionales en Venezuela que son de la competencia material (*ratione materiae*), territorial (*ratione loci*), temporal (*ratione temporis*) y personal (*ratione personae*) de la CPI. En tal sentido, en el examen preliminar, se han podido documentar y verificar las siguientes atrocidades, según el estándar de prueba exigido en los exámenes preliminares: persecución, encarcelación, tortura, tratos crueles y degradantes, violación y abusos sexuales, desde abril de 2017 en adelante, al menos.

También, en fecha 29 de mayo de 2018, bajo el auspicio de la SGOEA, se presentó un informe elaborado por expertos independientes⁵⁵ que daba cuenta de hechos que hacen presumir la presencia de crímenes de lesa humanidad, como parte de una política o plan desa-

⁵⁴ OFCPI, Ob. Cit. Párrafo 202, pág. 3.

⁵⁵ SGOEA: *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela*. Disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>; consultado el 01 de febrero de 2022.

rollado desde el Estado, en el cual se destacan los posibles crímenes perpetrados en Venezuela: asesinato, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura y tratos crueles, violación y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos y desaparición forzada de personas.

Además, en un hecho sin precedentes, el 27 de septiembre de 2018, seis Estados Partes del ERCP (a saber: Argentina Colombia, Argentina, Chile, Canadá, Paraguay y Perú) hicieron una remisión⁵⁶ a la OFC-PI para que inicie una investigación formal por los hechos acontecidos en Venezuela desde 2014 en adelante por los crímenes de asesinato, desaparición forzada, persecución, encarcelación, tortura, tratos crueles y degradantes, violación y abusos sexuales.

VI. LA MIIDH⁵⁷ Y SU IMPORTANCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LOS CRÍMENES EN VENEZUELA

En fecha 27 de septiembre de 2019, el CDHONU decidió establecer la MIIDH por medio de la Resolución 42/25 por el período de un año, para evaluar presuntas violaciones de los derechos humanos cometidas desde 2014. El mandato de la MIIDH fue prorrogado por el Consejo el 6 de octubre de 2020 por dos años más, hasta septiembre de 2022, mediante la Resolución 45/20.

En fecha 16 de septiembre de 2020 la MIIDH presentó ante el CDHONU su primer informe sobre su investigación, la cual estuvo enfocada en los crímenes perpetrados en Venezuela desde 2014 en adelante. En el informe detallado amplía la situación relativa a la falta de independencia de los organismos de la administración de justicia.⁵⁸

⁵⁶ Carta de remisión de la situación de Venezuela firmada por los Jefes de Estado de Argentina Colombia, Argentina, Chile, Canadá, Paraguay y Perú. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180925-otp-referral-venezuela_SPA.pdf; consultado el 03 de julio de 2021.

⁵⁷ CDHONU, *Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFM_Libya/Pages/Index.aspx

⁵⁸ CDHONU, Ob. Cit. Págs. 37 y ss.

VII. LA TAREA DEL FISCAL KARIM KHAN

La OFCPI, ahora conducida por el nuevo titular desde el 15 de junio de 2021,⁵⁹ Karim Khan ha decidido abrir la investigación formal, bajo el conocimiento a fondo de las conclusiones sobre los hechos realizados por su antecesora y su equipo, así como al estudiar los 13 exámenes preliminares e investigaciones en curso, como se verá más adelante. Esta decisión, habla de continuidad entre el trabajo adelantado la ExFiscal Bensouda y el nuevo titular de la OFCPI.

Esta conclusión se funda en lo siguiente:

- a) Resulta claro que el gobierno de Venezuela no quiere investigar los hechos ni establecer quiénes son los máximos responsables de los crímenes por el conflicto de intereses que eso conlleva, porque se trataría de una auto investigación fallida por la falta de independencia, imparcialidad y objetividad de quienes investigan en Venezuela, debido al control partidista e ideológico del Poder Judicial,⁶⁰ el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, por parte del Poder Ejecutivo. Está claro que la OFCPI admitió la situación y, en consecuencia, abrió la investigación formal habida cuenta de la falta de voluntad e incapacidad legal, y funcional del Estado venezolano para hacerlo.
 - i. Para constatar eso, basta con revisar los portales web del TSJ y del MP venezolanos para comprobar que no se ha iniciado ningún acto en torno a un posible antejuicio de mérito contra cualquiera de las altas autoridades civiles, militares, fiscales, judiciales o policiales responsables de los organismos de represión, como se verá más adelante. El antejuicio de mérito es, según la CRBV y el COPP, el privilegio procesal en beneficio de las máximas autoridades de las cadenas

⁵⁹ CPI, *Karim Asad Ahmad Khan QC juró hoy como Fiscal de la Corte Penal Internacional*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1598>; consultado el 04 de julio de 2021.

⁶⁰ Inicio del año judicial en Venezuela año 2006. En la Sala de Audiencias del TSJ, durante el inicio del Año Judicial, se creó el slogan político de mayor impacto en la propaganda oficial, que ha fomentado, desde hace años, el culto a la personalidad. Ver: *Inicio del año judicial en Venezuela año 2006 (¡Uh Ah Chávez no se va!)*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=UQYVK4RIEUc> Consultado el 17 de julio de 2021.

de mando militar o civil del país cuando sean investigables de un hecho punible cualquiera.

- ii. Tampoco se han dado los pasos necesarios para crear una comisión de esclarecimiento de la verdad en torno a los crímenes que ha documentado y verificado la OFCPI, ni los que han mencionado los seis Estados Partes del ERCPI que hicieron la remisión, la MIIDH y la SGOEA.
- b) Adicionalmente, el gobierno no puede hacer la investigación formal de los crímenes, en el supuesto negado de que quiera, debido a las insuficiencias legislativas e institucionales que pesan sobre el necesario **éxito** de una investigación penal formal. A saber:
- i. Venezuela no ha implementado el ERCPI en ninguno de sus contenidos. Así, ninguno de los tipos penales o delitos comunes se compara ni equivale a los estándares internacionales. En consecuencia, no se cumplen los principios de legalidad ni de tipicidad penal; sobre todo, porque se carece de los principios, los elementos de los crímenes y las condiciones de ejecución de DPI. Así, por ejemplo, la responsabilidad de los superiores es un principio ausente de la legislación y de la jurisprudencia venezolanas, a pesar de la aprobación por Ley del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, artículos 86 y 87,⁶¹ que establecen la responsabilidad por omisión de los superiores y los deberes de los jefes militares en conflictos armados.⁶² dado que Venezuela no está envuelta en conflicto bélico al-

⁶¹ CICR, *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977*. Disponible en: Artículo <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>; consultado el 23 de agosto de 2021.

⁶² Congreso de la República de Venezuela, Ley Aprobatoria del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Gaceta Oficial # 5241 Extraordinario de fecha 06 de julio de 1998. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ven_res40.pdf; consultado el 23 de agosto de 2021.

- guno, es necesario ver la aplicabilidad de este tema en los ataques a la población civil que se han documentado.
- ii. El COPENAL es obsoleto, se basa en un instrumento del siglo XIX, llamado Código de Zanardelli,⁶³ tomado del derecho regio italiano, cuando los bienes jurídicos tutelados eran, primordialmente, la Corona, el Rey y lo funcionarios estatales.
 - iii. Venezuela no prevé norma alguna sobre el crimen de persecución, salvo un delito menor con pena de arresto de 6 a 30 meses cuando un funcionario público impida o paralice, total o parcialmente, el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos.⁶⁴ La exigua penalidad de un hecho tan grave es un incentivo para cometerlo de forma impune.
 - iv. No existe el delito de asesinato en el COPENAL, como hecho punible autónomo, el cual debería dar cuenta de la conducta delictiva de un funcionario militar o policial armado que mata a un ciudadano desarmado y no combatiente, sobre la base de su fuerza superior y la posesión legal de un arma de fuego. Lo que existe es el delito común de homicidio,⁶⁵ con la calificación expresa para los supuestos en los que un ciudadano cualquiera mate a cualquier funcionario público de alta o muy baja jerarquía, como un policía, por ejemplo. Si el caso es, al contrario, el COPENAL es silente.
 - v. Menos aún, existe el crimen de asesinato, bajo los elementos objetivos establecidos en el ERCPI y el instrumento complementario ECrim. Tampoco algo que se parezca a la tipificación de la ejecución extrajudicial.
 - vi. El crimen de encarcelación no tiene equivalente en el Código Penal. Lo que existe un delito leve llamado privación ilegítima de libertad con pena de 45 días a 3 ½ años.⁶⁶ No ha sido aplicado en suelo venezolano en ninguno de los casos documentados y verificados por la OFCPI.

⁶³ Fernando M. Fernández, *¿Reforma o nuevo Código Penal?* Disponible en: <https://tuabogado.com/venezuela/secciones/derecho/penal/reforma-o-nuevo-codigo-penal--fernando-m-fernandez>; consultado el 17 de agosto de 2021.

⁶⁴ Artículo 166 del COPENAL.

⁶⁵ Artículos 405 al 407 del COPENAL, en concordancia con el artículo 77 ejusdem.

⁶⁶ Artículo 176 del COPENAL.

- vii. El delito de tortura:⁶⁷ en Venezuela si existe en una Ley especial, pero no ha sido aplicado en caso alguno de los que han sido documentados y verificados por la OFCPI, salvo en el caso del Capitán Acosta Arévalo,⁶⁸ entre muchos otros, quien muere ante un Tribunal luego de obvias torturas, como documentó Amnistía Internacional (2020).⁶⁹ Además, dicha normativa concibe la tortura como un delito común aislado y no prevé el principio de responsabilidad de los superiores en caso de autoría mediata.
- viii. El delito de desaparición forzada fue incluido en la reforma del COPENAL del año 2.000.⁷⁰ Tampoco se ha aplicado en caso alguno de los documentados y verificados por la OFCPI.
- ix. El delito de violación y graves abusos sexuales existe en el COPENAL,⁷¹ pero no ha sido procesado en caso alguno de los documentados y verificados por la OFCPI. Igual que los casos anteriores, está concebido como delito común y no prevé el principio de responsabilidad de los superiores, entre otros, del ERCPI.

VIII. ACTIVIDAD PROCESAL DE LA FGR VENEZOLANA

Luego de haber sido recibido por la Exfiscal Bensouda,⁷² el FGR ha desplegado una serie de declaraciones, comunicados y documentos

⁶⁷ LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 40.212 de fecha 22 de julio de 2013

⁶⁸ El País, *Condenados a 30 años los responsables de la muerte del militar rebelde Acosta Arévalo en Venezuela*. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2022-02-08/condenados-a-30-anos-los-responsables-de-la-muerte-del-militar-rebelde-acosta-arevalo-en-venezuela.html>; consultado el 08 de febrero de 2022.

⁶⁹ Amnistía Internacional, *Morir ante un juez: DETENCIÓN ARBITRARIA, DESAPARICIÓN FORZADA, TORTURA Y MUERTE DE RAFAEL ACOSTA ARÉVALO EN VENEZUELA*. Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR5329092020SPANISH.PDF>; consultado el 04 de julio de 2021.

⁷⁰ Artículo 180-A del COPENAL.

⁷¹ Artículos 374 al 382 del COPENAL.

⁷² CPI, *La Fiscal de la CPI, Sra. Fatou Bensouda, recibe a delegación de alto nivel de la República Bolivariana de Venezuela en el contexto de sus exámenes preliminares en curso*.

consignados⁷³ ante la OFCPI que niegan los hechos criminales⁷⁴ y retrasan el proceso. Uno de ellos fue para solicitar el control judicial del examen preliminar, el cual fue rechazado *in limine* por la SCPCPI a solicitud de la OFCPI.⁷⁵ La OVCPI solicitó a la SCPCPI que hubiese transparencia y celeridad procesal en nombre a algunas víctimas solicitantes. La SCPCPI decidió rechazar *in limine*⁷⁶ la solicitud del FGR, por no ajustarse a Derecho y ordenó poner fin a la diatriba iniciada por este. Esta decisión reforzó la soberanía e independencia de la OFCPI durante los análisis del examen preliminar. No obstante, fue una táctica dilatoria⁷⁷ que retrasó el pronunciamiento que había ofrecido la Exfiscal Bensouda.⁷⁸

Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1544>; consultado el 07 de julio de 2021.

⁷³ El Registro de la CPI publico este documento emanado de la FGR: *Annex III Public Transmission of Documents Received from the Authorities of the Bolivarian Republic of Venezuela on 9 July 2021 ICC-02/18 13 July 2021*. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2021_06224.PDF; consultado el 13 de julio de 2021.

⁷⁴ FGR, Fiscal General: *No se puede tipificar que en Venezuela existen crímenes de lesa humanidad porque no han ocurrido ataques contra grupos de civiles en específico*. Disponible en: <https://www.vtv.gob.ve/fiscal-general-no-tipificar-venezuela-crimenes-lesa-humanidad-no-han-ocurrido-ataques-contra-grupos-civiles-especificos/>; consultado el 15 de julio de 2021.

⁷⁵ OFCPI, SITUATION IN THE BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA I. *Public redacted version of "Prosecution's omnibus request in relation to its response to the request by the Bolivarian Republic of Venezuela"*, 21 May 2021, ICC-02/18-7-Conf. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021_06029.PDF; consultado el 20 de julio de 2021.

⁷⁶ El aforismo *in limine* se utiliza en los procesos legales cuando un recurso incoado por alguna de las partes es incorrecto, impertinente, extemporáneo o inadmisibles según el Derecho y significa: "... "desde el umbral". Se emplea para expresar el rechazo de una demanda, o recurso, cuando ni siquiera se admite discusión, por no ajustarse a Derecho." En Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

⁷⁷ EVTV, *Alí Daniels sobre el examen preliminar de la CPI y las estrategias dilatorias del régimen*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=eBob67tZrjw>; consultado el 02 de agosto de 2021.

⁷⁸ Suprema Injusticia, *Saab logró retrasar el pronunciamiento de la Fiscalía de la CPI sobre Venezuela*. Disponible en: <https://supremainjusticia.org/2021/06/17/saab-logro-retrasar-el-pronunciamiento-de-la-fiscalia-de-la-cpi-sobre-venezuela/>; consultado el 04 de julio de 2021.

IX. LOS CONCEPTOS, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL ERCPI. SUS IMPLICACIONES EN LA SITUACIÓN I DE VENEZUELA

El sistema procesal penal internacional puede definirse como aquel que garantiza un juicio justo (Fernández, 2018)⁷⁹ mediante el debido proceso.⁸⁰ Ello conlleva una aparente contradicción y genera una pregunta incómoda: ¿Por qué debe realizarse un juicio justo a aquellos que han sido crueles con sus víctimas y causado grandes tragedias y sufrimiento al perpetrar cualquiera de los crímenes atroces del ERCPI? La respuesta es esta: se trata de dar un ejemplo moral y legal. No se puede ser injusto y cruel con quienes han sido acusados de todo tipo de crueldades e injusticias. Se trata de seguir el modelo socrático del Critón de Platón.⁸¹ Una injusticia no se puede resolver con otra injusticia. Un crimen atroz no se resuelve con otro igual. Los crímenes no pueden ser legales. También, como afirmó Martin Luther King: “La injusticia, en cualquier parte, es una amenaza a la justicia en todas partes.”⁸² Así las cosas, en el sistema de DPI no están permitidas la venganza ni la ley del talión. También, se trata de evitar el error judicial.

Los principios y garantías están diseminados en varios de los artículos del ERCPI y no los desarrollamos totalmente por razones de espacio. Son los siguientes:

A. Proceso penal acusatorio, oral y público (implícito)

En efecto, el proceso penal ante la CPI es predominantemente acusatorio, oral y público, con normas fundamentalmente de tipo anglo-

⁷⁹ Fernando M. Fernández, *Derecho a un juicio justo. El proceso penal internacional para juzgar los crímenes previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, en Genocidio y otros Crímenes atroces. Livrosca, Caracas, 2018.

⁸⁰ ONU, *Corte Penal Internacional. PREGUNTAS Y RESPUESTAS*. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>; consultado el 22 de agosto de 2021.

⁸¹ Platón, *Critón*. Disponible en: https://www.uv.es/arete/textos/platon-criton_traducccion_.PDF, consultado el 22 de agosto de 2021.

⁸² Martin Luther King, “Una injusticia en cualquier parte, es una amenaza a la justicia de cualquier lugar”. Disponible en: <https://dclm.es/noticias/73660/martin-luther-king-una-injusticia-en-cualquier-parte-es-una-amenaza-a-la-justicia-de-cualquier-lugar-/-paloma-moratailla>; consultado el 22 de agosto de 2021.

sajón, con influencia de la tradición continental europea o de *civil law* (Moya, 29021),⁸³ según lo cual prevalece la presunción de inocencia, el Fiscal posee el monopolio de la acción penal y tiene el deber de probar la culpabilidad del acusado, con la cual se puede abrir el caso a juicio. Las audiencias son orales y públicas. Se puede afirmar que el examen preliminar, basado en “información disponible,” guarda lejana semejanza con el sistema inquisitivo,⁸⁴ en la medida en que el estándar de prueba es, básicamente, indiciario (Fernandez, 1998);⁸⁵ pero se distancia radicalmente de este dónde se presume la culpabilidad del indiciado, los Jueces de Instrucción conducen la investigación y los fiscales son solo espectadores durante el sumario. Es ya en el juicio cuando se requiere plena prueba, bajo estrictos requisitos forenses aplicados durante la etapa de investigación, bajo los estándares de las RPP. Es importante advertir que se debe evitar confundir lo que son pruebas en sentido estricto con informaciones falsas o distorsionadas de satanización de los acusados por parte de diferentes fuentes no creíbles.⁸⁶

- X. Para la situación I de Venezuela, es fundamental que la documentación de cada hecho sea verificada en cuanto a la credibilidad de las fuentes y, especialmente, en lo relacionado con víctimas y testigos, además de la documentación física, audiovisual o digital que pueda producirse, bajo criterios rigurosos de obtención y cadena de custodia de las evidencias.
- XI. A pesar de que Venezuela adoptó el sistema acusatorio en 1998, por las constantes reformas de su texto, este se ha convertido en letra muerta y se asemeja, cada vez más, al

⁸³ Thairi Moya, *Las evidencias ante la Corte Penal Internacional*. Disponible en: <https://cepaz.org/articulos/las-evidencias-ante-la-corte-penal-internacional/>; consultado el 15 de julio de 2021.

⁸⁴ Fernando M. Fernández, *Acusar, defender y juzgar. Verbos rectores del proceso penal*, Fundación del Debido proceso penal (DPLF). Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/reformas_1st_publication.pdf; consultado el 15 de julio de 2021, págs. 68 a 83.

⁸⁵ Fernando M. Fernández, *Manual del proceso penal venezolano*, McGraw Hill, Caracas, 1998.

⁸⁶ Special Court for Sierra Leone, *PROSECUTOR v ALEX TAMBA BRIMA & ORS - SEPARATE AND CONCURRING OPINION OF HON. JUSTICE GEOFFREY ROBERTSON*, *QC (SCSL-2004-16-AR73) [2006] SCSL 65 (26 May 2006)*. Disponible en: <https://sierralii.org/sl/judgment/special-court/2006/65>; consultado el 15 de julio de 2021.

sistema inquisitivo debido su constante retardo judicial. Especialmente con la última reforma por decreto de 2012 (UCAB, 2012),⁸⁷ la cual eliminó el jurado de escabinos, entre otros cambios regresivos.

XII. En el mismo sentido, dadas las reformas procesales y la instauración de una política de Estado persecutoria, prevalece la presunción de culpabilidad de los “enemigos internos” (Fernández, 2019).⁸⁸

XIII. La Defensoría del Pueblo nada ha dicho sobre estas anomalías.

B. Corte Penal permanente (art. 1)⁸⁹

Uno de los temas más relevantes desde el punto de vista global, es el carácter permanente de la CPI, institución de Derecho Internacional y Tribunal, a la vez, con una estructura organizativa compleja.⁹⁰ Esto quiere decir que, a partir del 1º de julio de 2002, todo crimen de trascendencia internacional (de genocidio, de lesa humanidad o de guerra), puede ser juzgado por este tribunal, según el artículo 11 sobre la competencia temporal de la CPI. El crimen de agresión solo será enjuiciable desde el 17 de julio de 2018. Con ello se impone un concepto de universalización de la justicia y se pone un freno a la proliferación de Cortes *Ad Hoc*. Para el caso de Venezuela, los hechos ocurridos antes de esa fecha, por ejemplo, del 11 de abril de 2002, en adelante, fueron descartados por extemporaneidad, como ya se dijo.

⁸⁷ UCAB, *REFORMA CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL 2012*. Disponible en: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/recursos/COMPARATIVO%20COPP%202009%202012.pdf; consultado el 15 de julio de 2021.

⁸⁸ Fernando M. Fernández, *Todo enemigo se presume culpable. Patronos y modus operandi de las detenciones arbitrarias y del crimen de encarcelación efectuados en contra de opositores políticos en Venezuela*, Investigación especial de PROVEA. Disponible en: <https://provea.org/wp-content/uploads/todo-enemigo.pdf>; consultado el 15 de julio de 2021.

⁸⁹ Universitat des Illes Balears, *Capítulo IV: La Jurisdicción Penal Internacional Permanente - la Corte Penal Internacional*. Disponible en: <https://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/Capitulo-IV-La-Jurisdiccion-Penal-Internacional.cid211450>; consultado el 15 de julio de 2021.

⁹⁰ Federación Internacional de los Derechos Humanos, *Introducción a la CPI: Estructura y principios generales*. Disponible en: https://www.fidh.org/IMG/pdf/5-manuel_victimes_CH-II_ESP3.pdf; consultado el 18 de julio de 2021.

C. Jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia internacional (art. 1)

En efecto, la CPI solo tiene competencia sobre los cuatro crímenes tipificados en el ERCPI calificados como los más graves de trascendencia internacional. Ningún otro, a pesar de su importancia, como son la corrupción, el terrorismo, la delincuencia organizada transnacional, la contaminación ambiental, etc.

XIV. Venezuela no ha implementado el ERCPI y los pocos delitos ordinarios que tienen iguales nomenclaturas no son aplicables sino a los autores inmediatos, dado que Venezuela no ha adoptado los principios del ERCPI, tales como la responsabilidad de los superiores, comandantes o de quienes tengan el mando por lo que su alcance se limita, en todos los casos, a los autores directos. Y, dicho sea de paso en muchos de ellos no se castiga ni siquiera a los culpables directos; como por ejemplo, en el crimen de asesinato o de ejecuciones extrajudiciales, los casos de Díaz Loreto y otros⁹¹ y de Guerrero Molina y otros⁹² que quedan impunes, luego de más de una década de litigio ante las autoridades judiciales venezolanas.

XV. Dadas las constantes denuncias acerca de la Gran Corrupción⁹³ acontecida, de incursiones de grupos terroristas y de delincuencia organizada en el territorio de Venezuela, sin embargo, la CPI carece de competencia para abordar tan graves hechos, pero debe analizarse como parte del contexto.

⁹¹ CorteIDH, *DÍAZ LORETO Y OTROS VS. VENEZUELA SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE 2019*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_392_esp.pdf; consultado el 15 de julio de 2021.

⁹² Corte IDH, *CASO GUERRERO, MOLINA Y OTROS VS. VENEZUELA SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2021*. Disponible en: http://cofavic.org/wp-content/uploads/2021/07/CorteIDH_Sentencia_Caso_Guerrero-Molina-19072021seriec_424_esp.pdf y <https://www.youtube.com/watch?v=K9p7LQkv3-8>; consultados el 15 de julio de 2021.

⁹³ José Ugaz, *LA GRAN CORRUPCION EN VENEZUELA Y SU IMPACTO EN LA REGION LATINOAMERICANA*, disponible en: <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2019/11/La-gran-corrupci%C3%B3n-en-venezuela-y-su-impacto-en-la-regi%C3%B3n-latinoamericana.pdf>; consultado el 22 de agosto de 2021.

D. Carácter complementario de las jurisdicciones nacionales (art. 1)

Este es uno de los principios más importantes del ERCPI. Así, la CPI no es subsidiaria ni supletoria de la jurisdicción nacional de los Estados. El carácter complementario quiere decir que los Estados son soberanos en el ejercicio de su jurisdicción. La CPI solo puede activar su competencia cuando se ha constatado de forma fehaciente que el Estado concernido no la ejerce, bien porque no quiere o no puede ejercer su jurisdicción para investigar y castigar los hechos que se perpetren en su territorio.

- XVI. En el caso de Venezuela, al no haber independencia ni autonomía del Poder Judicial ni del Ministerio Público, resulta impensable que el Estado y sus máximos jerarcas quieran adelantar una investigación, ni mucho menos juzgar a los superiores militares, policiales y civiles. Sería un obvio conflicto de intereses, lo cual denota falta de voluntad.
- XVII. Adicionalmente, dados los vacíos legales en temas tan sensibles como el crimen de persecución, sería cuesta arriba que se intente. En el supuesto negado de que se intentase, no se podría. Se trata de falta de capacidad.
- XVIII. En todo caso, para verificar si en Venezuela existe voluntad de investigar habría que constatar si se ha abierto el correspondiente antejuicio de mérito a los máximos responsables militares, policiales y civiles que tenían el deber de prevenir, impedir y castigar tales hechos atroces. Dichas investigaciones deben ser genuinas y relevantes. De no ser así, se debe concluir en que existe falta de voluntad.
- XIX. En el mismo sentido, para verificar si en Venezuela existe capacidad para investigar y juzgar tales hechos en términos de independencia y autonomía de los jueces y fiscales. De no existir ambos requisitos se debe estimar que se carece de capacidad.
- XX. Por **último**, la falta de voluntad y de capacidad para investigar y juzgar las atrocidades se evidencian en la inexistencia de la legislación adecuada, al no haber implementado el

ERCPI, a pesar de haber sido Venezuela uno de los primeros países en aprobarlo y ratificarlo.

E. La CPI tendrá responsabilidad jurídica internacional (art. 4)

La responsabilidad jurídica internacional tiene que ver con la posibilidad del error judicial, algo que puede ocurrir de forma involuntaria. El debido proceso penal debe ser, por ello, muy riguroso. Parejo con su responsabilidad jurídica, corre su capacidad legal para desempeñar sus funciones jurisdiccionales y la ejecución de sus fines estatutarios en cualquier Estado Parte y solo mediante un acuerdo especial en el territorio de cualquier otro Estado.

F. Cosa Juzgada (art. 20)

Este es un principio cardinal de todo proceso penal. La cosa juzgada impide un doble procesamiento por los mismos hechos, conocido por el brocardo *ne bis in ídem*. En tal sentido, nadie será procesado por la CPI por conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la misma. Tampoco nadie podrá ser juzgado por otro tribunal por causa de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 el ERCPI por el cual la CPI ya le hubiere condenado o absuelto. Igualmente, la CPI no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos punibles en virtud de los artículos 6, 7 u 8 del ERCPI a menos que el proceso en el otro tribunal: a) el proceso incoado por él obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, o sea, que se trate de una farsa para proteger al investigado o enjuiciado; o b) la investigación realizada por otro tribunal no hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

En otras palabras, en la situación I de Venezuela, es notorio que las condiciones de independencia e imparcialidad del Poder Judicial y del Ministerio Público son inexistentes, cosa que está suficientemente

documentada y verificada por organismos intergubernamentales, tales como la ComisiónIDH,⁹⁴ la MIIDH,⁹⁵ y la OACNUDH.⁹⁶

G. Derecho aplicable (art. 21)

Un asunto de mucha importancia es el del Derecho aplicable por la CPI. En tal sentido, se destaca la aplicación directa del ERCPI, de los documentos adicionales llamados los ECrim⁹⁷ y las RPP. En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables de la ONU, los principios y normas del derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados. Asimismo, “en su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.” En todo caso, el derecho aplicable “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”

⁹⁴ Comisión IDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/venezuela2018-es.pdf>; consultado el 15 de julio de 2021.

⁹⁵ MIIDH, *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf; consultado el 20 de julio de 2021.

⁹⁶ OACNUDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela*. Disponible en <https://venezuela.un.org/es/134630-informe-sobre-la-situacion-de-los-derechos-humanos-en-venezuela>; consultado el 05 de julio de 2021.

⁹⁷ CPI, *Elementos de los Crímenes*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf>; consultado el 17 de agosto de 2021.

H. *Nullum crimen sine lege* (art. 22) y *nulla poena sine lege* (art. 23)

Estos principios son fundamentales en la comprensión del concepto de un juicio justo. Quieren decir que nadie podrá ser castigado por algo que no haya sido tipificado como delito en una ley previa. En este sentido, el ERCPI elimina la crítica que se había mantenido respecto de los diferentes estatutos de los tribunales *Ad Hoc*. El principio de mera legalidad penal ha sido enriquecido gracias al de estricta legalidad penal derivado de la doctrina del garantismo penal (Ferrajoli, 1989).⁹⁸ Este principio prohíbe la analogía de forma expresa y resuelve la posibilidad de ambigüedad en favor de la persona investigada, así: “2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.” Asimismo, las penas aplicables serán la establecidas en el ERCPI: hasta 30 años o cadena perpetua (artículo 77 del ERCPI). No está permitida la pena de muerte.

En cuanto a este principio, debe afirmarse con claridad meridiana, que Venezuela carece de los tipos penales previstos en el ERCPI, por lo que no cumple con el principio de legalidad para que sus tribunales penales ejerzan su jurisdicción sobre los hechos que se investigan en la OFCPI. En consecuencia, opera de forma cabal el principio de complementariedad de la CPI.

I. Irretroactividad *ratione personae* (art. 24) y principio del *in dubio pro reo* (art. 24)

El ERCPI establece de forma contundente el principio de irretroactividad debido a la persona con ocasión de conductas cometidas antes de su entrada en vigor. En el supuesto de una modificación del Derecho aplicable, “a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.” En caso de duda se favorecerá al reo.

⁹⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Valladolid, 1995.

J. Responsabilidad penal individual (art. 25)

La razón por la cual el ERCPI es un tratado de naturaleza penal en el ámbito internacional es porque la CPI solo investiga, juzga y analiza la conducta de las personas naturales. No tiene alcance ni competencia de juzgar a persona jurídica alguna, menos aún al Estado. Esta exclusión inequívoca de los Estados como sujetos de su jurisdicción es concluyente para afirmar que no es un tratado de derechos humanos, en los cuales sí se juzga a los Estados. Dice así el artículo 25) 4): “4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.”

Así las cosas, el ERCPI incluye un listado de supuestos en los que las personas naturales podrían ser investigadas y castigadas, a saber: Artículo 25) 3) De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. También el ERCPI ata la contribución intencional entre personas para establecer su responsabilidad a: “(i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o (ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

A los fines de dilucidar la participación de varias personas en alguno de los crímenes, es necesario ver este asunto a la luz de la doctrina del dominio de la organización, que desvela la responsabilidad del autor mediato, que es quien controla la ejecución del hecho, o sea, se trata del “hombre de atrás” quien domina y controla la perpetración del hecho punible. Dicha teoría ha sido elaborada por el gran jurista Claus

Roxin (1999),⁹⁹ la cual ha sido aceptada por la jurisprudencia de la CPI, tal como lo han reseñado Ambos y otros en relación al caso Lubanga (2014),¹⁰⁰ y luego en otro trabajo,¹⁰¹ y Olásolo (2008)¹⁰² entre diversos doctrinarios, por lo que es parte del derecho aplicable y sería la herramienta conceptual y jurisprudencial a usar para analizar la Situación I de Venezuela, una vez que se desarrolle y concluya la investigación y, por tanto, se proceda a iniciar el juicio.

En este punto, debe decirse que la legislación, jurisprudencia y doctrina venezolana han sido confusas, ambiguas y contradictorias en los temas de participación en el delito tales como autoría, coautoría, complicidad, perpetración, tal como lo expone Modolell (2008),¹⁰³ y está muy distante de los estándares del ERCPI y la jurisprudencia penal internacional en lo relativo al concepto de dominio de la organización y control del hecho punible.

Asimismo, el ERCPI se refiere a la instigación al crimen de genocidio. Así, el Artículo 25) 3) e) “Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

⁹⁹ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S. A. Madrid, 2000.

¹⁰⁰ Kai Ambos y otros, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

¹⁰¹ Kai Ambos, *Sobre la “organización” en el dominio de la organización*. Disponible en: Acerca de la “organización” en la teoría del dominio de la organización* (uni-goettingen.de); consultado el 15 de julio de 2021.

¹⁰² Héctor Olásolo, *LA INFLUENCIA DE LA DECISIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL*. Disponible en: <https://pure.urosario.edu.co/es/publications/la-influencia-de-la-decisi%C3%B3n-de-la-corte-penal-internacional-de-c>; consultado el 15 de julio de 2021.

¹⁰³ Juan Luis Modolell, *Autoría y participación en el Código Penal venezolano*. Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/26370>; consultado el 03 de agosto de 2021.

K. Exclusión del procesamiento menores de 18 años (art. 26)

El tema de los menores de 18 años, llamados niños en el ERCPI, deja un vacío importante, habida cuenta de los frecuentes casos de reclutamiento de niños por grupos irregulares, luego abusados física y sexualmente, en muchos casos. Se da la paradoja de niños entrenados para el combate y, luego, al ser adultos se convierten en asesinos consumados. De haberse perpetrado el crimen antes de los 18 años, no podrá ser juzgado por la CPI. El reclutamiento de niños menores de 15 años es un crimen de guerra (art. 8) 2) a) y b). Ya hay sentencia al respecto en el caso Lubanga Dyilo¹⁰⁴ en el conflicto del Congo.¹⁰⁵

L. Improcedencia del cargo oficial (art. 27)

Excepción al principio de soberanía de los Estados y de las inmunidades provenientes del cargo de Jefes de Estado y de gobierno, así como de los altos funcionarios diplomáticos, parlamentarios, militares, etc. La idea es que no haya excusas provenientes de supuestos “actos de Estado” cuando, en realidad, se trata de excesos inadmisibles y atrocidades según los Tratados Internacionales. El caso Omar Hassan Ahmad Al Bashir fue el primero en el que se aplicó este principio, siendo Jefe de Estado de Sudán.¹⁰⁶

Bajo el principio de no impunidad de las atrocidades, se establece que no habrá inmunidad ni distinción alguna basada en el cargo oficial. Ello es así, independientemente de si la persona investigada y enjuiciada sea Jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o del parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno. En tales casos, no se le eximirá de responsabilidad penal ni causa de reducción de la pena. Así las cosas, las inmunidades y los procedimientos espe-

¹⁰⁴ Coalición por la Corte Penal Internacional, *Thomas Lubanga Dyilo*. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/es/casos/thomas-lubanga-dyilo>; consultado el 16 de julio de 2021.

¹⁰⁵ Coalición por la Corte Penal Internacional, *República Democrática del Congo*. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/es/country/republica-democratica-del-congo>; consultado el 15 de agosto de 2021.

¹⁰⁶ CPI, *Caso Al Bashir. El Fiscal contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>; consultado el 15 de julio de 2021.

ciales del derecho interno no serán obstáculos para que la CPI ejerza su competencia.

Justamente, lo que se quiere prevenir y reprimir es el abuso de la posición oficial de poder, especialmente cuando el autor tenga armas oficiales o investiduras legales que le confieren enorme autoridad y poder. Ello incluye la no inmunidad de funcionarios en ejercicio de su cargo, como en aquellos casos en los que hubieres cesado en el mismo.

Esta es una restricción excepcional al principio de inmunidad de los Estados frente a otros Estados, ligado al principio de soberanía estatal, tal como lo ha expuesto detalladamente Reyes Milk (2008).¹⁰⁷

M. Responsabilidad de los jefes y otros superiores (art. 28)

Desde el juicio principal de Núremberg,¹⁰⁸ en el cual se juzgó a los “principales criminales de guerra del Eje Europeo” según lo autorizaba el Estatuto de Nuremberg,¹⁰⁹ pasando por los demás juicios realizados por tribunales *ad hoc* y todos los casos llevado a cabo por la CPI, el interés primordial del DPI es el enjuiciamiento de los máximos responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Ellos quedan englobados en las categorías de “jefes y otros superiores,” respecto de lo cual se abre una excepción al principio de inmunidad de los Estados, dentro de lo cual está implicado la jefatura de Estado. El principio de inmunidad tiene como fundamento el principio *par in parem non habet imperium*, lo cual quiere decir que existe una igualdad soberana entre los Estados y ninguno puede ejercer imperio sobre los otros (Reyes Milk, 2008).¹¹⁰

¹⁰⁷ Michelle Reyes Milk, *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional*, Agenda Internacional Año XV, N° 26, 2008, pp. 69-106. Disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/CFD300F7B20F7685052580D00062C31F/\\$FILE/AI69.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/CFD300F7B20F7685052580D00062C31F/$FILE/AI69.PDF); consultado el 18 de julio de 2021.

¹⁰⁸ ONU, *Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>; consultado el 16 de julio de 2021.

¹⁰⁹ ONU, *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. 1945*. Disponible en: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66; consultado el 17 de julio de 2021.

¹¹⁰ Ob. Cit.

La CPI tiene como tarea fundamental la investigación, el procesamiento y castigo penal de aquellos jefes y superiores civiles, militares, policiales o cabecillas de grupos no estatales que tengan la máxima responsabilidad en la perpetración de las atrocidades de la competencia de la CPI. Es decir, son aquellos que tienen sobre sus hombros la tarea y el deber de prevenir, impedir y reprimir cualquier atrocidad. En tal sentido, deberían tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance. El asunto de la responsabilidad penal se complica cuando los jerarcas del grupo criminal son quienes ordenan, planifican o coordinan los ataques que se consideran crímenes de la competencia de la CPI. Los mandos medios o inferiores que también pudieren ser investigados y procesados servirán de fuentes de información acerca de la autoría y participación mediata de los jerarcas, quienes controlan la organización criminal (Ambos, 2011).¹¹¹

Para el caso de los militares, se trata de establecer la responsabilidad que les concierne cuando los crímenes “hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, debido a no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas.” En los casos de otras autoridades no militares, cuando las atrocidades hayan sido cometidas “por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, debido a no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados...”

El indicador clave a determinar es la ausencia de procedimientos nacionales pertinentes y genuinos. Al no existir tales procesos se toma como base suficiente para que el caso sea admisible por la CPI. En el caso de Venezuela, solo mediante la apertura previa del privilegio procesal para altos funcionarios del Estado llamado antejudio de mérito establecido en la CRBV y el COPP¹¹² se puede iniciar un procedimien-

¹¹¹ Kai Ambos, Sobre la “organización” en el dominio de la organización, disponible en: https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Sobre_la_organizacin_en_el_dominio_de_la_organizacin_InDret_32011_1-25.pdf; consultado el 18 de julio de 2021.

¹¹² GORBV, Código Orgánico Procesal Penal, *TÍTULO V DEL PROCEDIMIENTO EN LOS JUICIOS CONTRA EL PRESIDENTE O PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS O ALTAS FUNCIONARIAS DEL ESTADO*, artículos 376 a 381. Disponible en: <https://app.box.com/s/cdzuv8xy6nqat5rb6kr1sgh458vnpndh>; consultado el 16 de julio de 2021.

to de investigación. El FGRBV ya entregó¹¹³ a la CPI los documentos que había enviado a la OFCPI sobre sus investigaciones respecto de delitos comunes cometidos en Venezuela.

Las Salas de la CPI han dicho, además, que esta evaluación no puede realizarse sobre la base de procedimientos nacionales hipotéticos o a futuro: debe hacerse sobre la base cierta de los hechos concretos tal y como existen en el momento. La determinación, como se señaló, se hace caso por caso. Esto requiere la verificación de que los procedimientos nacionales abarquen a las mismas personas por la misma conducta que forma la base del procedimiento ante la Corte o, en esta etapa, los mismos casos potenciales.

- Dice así la CRBV: ¹¹⁴
- “Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: ... 2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces, y en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva. 3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales u oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva...”

¹¹³ FGRBV, *Transmission of Documents Received from the Authorities of the Bolivarian Republic of Venezuela on 9 July 2021*. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2021_06224.PDF; consultado el 16 de julio de 2021.

¹¹⁴ Georgetown University, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, (Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, Número 36.860. Incluye reformas aprobadas por Enmienda N°1, del 15 de Febrero del 2009). Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html>; consultado el 16 de julio de 2021.

- Sobre la responsabilidad de los superiores, dice esto la CRBV:
- “Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa **órdenes** superiores.”
- **Comentario:** Desde el punto de vista constitucional, habría una base para investigar penalmente y establecer las responsabilidades de los superiores. Sin embargo, en la legislación penal y en la práctica forense no existe ni se ha aplicado la fórmula del dominio del hecho cuando hay violaciones de derechos constitucionales.

N. Imprescriptibilidad (art. 29)

El principio de imprescriptibilidad de los crímenes del ERCPI es de suma importancia. Ello distancia al DPI del Derecho Penal ordinario o interno del país, según el cual todo delito común debe prescribir. Es una excepción extraordinaria a ese clásico principio. Ello, en virtud de las dificultades propias de investigar a personas de gran poder por ser jefes de Estado, haber conducido ejércitos y, como suele ocurrir, haber participado en la corrupción.

En Venezuela, se adoptó este principio en el artículo 29 de la CRBV que dice así: “El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por los funcionarios o agentes del Estado. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.”

O. Elemento de intencionalidad (art. 30)

El ERCPI establece, como principio básico, el elemento de intencionalidad cuando se actúa con conocimiento de los elementos materia-

les del crimen y se efectúa con intención de hacerlo. esto se resume en los verbos saber y querer del dolo. Esto es cuando el autor, en relación con una conducta, se propone incurrir en ella. Además, cuando en relación con una consecuencia, se propone ocasionarla causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. En otras palabras, que desea el efecto de la conducta y que se representa mentalmente de que se producirá en el devenir de los hechos.

P. Circunstancias eximentes de responsabilidad (art. 31)

Como en toda normativa penal, hay eximentes de responsabilidad penal. El ERCPI contempla que, al momento de incurrir en una conducta punible “(a) Padeciére de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley. Esto implica una discapacidad para conocer o querer; (b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere.” Queda descartada, obviamente la intoxicación preordenada según la cual el individuo se intoxica para tomar valor, no sentir miedo o culpa; “(c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado; (d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente

para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: (i) Haber sido hecha por otras personas; o (ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.”

Q. Error de hecho y error de derecho (art. 32)

El ERCPI admite el error de hecho del acusado, pero bajo una sola condición: hacer desaparecer el elemento de intencionalidad requerido en cada uno de los crímenes.

En cuanto al error de derecho no se considera que sea un eximente acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del ERCPI.

R. Órdenes superiores y disposiciones legales (art. 33)

Otro principio fundamental del ERCPI que anula la obediencia ciega a las **órdenes** de superiores o a las leyes contrarias a los DDHH para cometer atrocidades como el genocidio o crímenes de lesa humanidad, se expresa así: “(1). Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: (a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; (b) No supiera que la orden era ilícita; y (c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. (2). A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.” En otras palabras, en ningún caso, la órdenes de cometer crímenes de genocidio o de lesa humanidad pueden ser obedecidas porque son manifiestamente ilícitas, sin excepción. No obstante, no hay normativa alguna en la legislación venezolana ni precedente en la experiencia forense que indique que se aplica este principio. Adicionalmente, en Venezuela ha privado un proceso de politización de las Fuerzas Armadas y, de paso, de militarización de las policías las cuales están sometidas

das a la obediencia al superior militar, tal como si fueran combatientes en una guerra (Fernández, 2021).¹¹⁵

S. Independencia de los Magistrados (art. 40)

El ERCPI establece la total independencia de los magistrados en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales. También les establece la prohibición de realizar actividad alguna que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia. Asimismo, los magistrados que tengan que desempeñar sus cargos en régimen de dedicación exclusiva en la sede de la Corte no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional.

En el caso de Venezuela la falta de independencia de los jueces y fiscales que podrían adelantar el antejuicio de mérito contra los posibles máximos responsables por los crímenes documentados está en tela de juicio, según se colige de lo documentado por la Exfiscal Bensouda, como se dijo anteriormente. Asimismo, la conclusiones de la MIIDH también lo corroboran.

X. CONCLUSIONES

1. Finalmente, se abrió la investigación formal sobre los cuales se había realizado un examen preliminar acucioso y cumplido sus etapas. La OFCPI ha estado analizando los hechos de forma concienzuda y ha determinado que hay bases razonables para afirmar que se han cometido varios crímenes de competencia de la CPI. Así, se continúa aplicando el principio de complementariedad, según las normas del ERCPI.
2. El Estado venezolano deberá informar a la CPI dentro de los 3 meses de prórroga otorgado por la OFCPI acerca de las investigaciones que realiza. Dicho plazo expira el 16 de abril de 2002.

¹¹⁵ Fernando M. Fernández, *Militarización y politización de las policías en Venezuela. Sus efectos sobre la represión y el crimen de persecución en Venezuela a la luz de la Situación I bajo examen preliminar de la Fiscalía ante la CPI*, Libro Homenaje a Pedro Nikken, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/521387639/Fernando-M-Fernandez-Militarizacion-y-politizacion-de-las-policias-en-Venezuela-1-Sus-efectos-sobre-la-represion-y-el-crimen-de-persecucion-en-Vene>; consultado el 23 de agosto de 2021.

3. El Estado venezolano solo ha investigado a funcionarios militares y policiales de la más baja jerarquía como autores materiales, directos o inmediatos. No ha investigado a jefes o superiores, según la previsiones del artículo 28 del ERCPI.
4. El Estado venezolano carece de capacidad legal para investigar los hechos y castigar a los posibles según los tipos penales y sus elementos tipificados en el ERCPI. La razón de ello es que no se ha implementado el ERCPI, la ausencia de tipicidad y, sobre todo, el vacío total respecto de principios como la responsabilidad de jefes y superiores, y las limitaciones por ilicitud manifiesta de las **órdenes** superiores de cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad. La implementación del ERCPI es una tarea pendiente, pero para prevenir hechos futuros.
5. También ha podido constatar la inacción del Estado venezolano en cuanto a investigar quienes han sido los posibles máximos responsables de esos hechos. Ello se demuestra en que no se ha abierto antejuicios de mérito a quienes están en la cadena de mando de instituciones del Estado, en calidad de jefes o superiores, quienes pudieron incurrir en actos que se consideren **órdenes**, según las previsiones del artículo 28 del ERCPI.
6. Adicionalmente, la falta de independencia del sistema de administración de justicia indica su incapacidad de poder realizar investigaciones genuinas. La gravedad e impunidad de las atrocidades se ha incrementado durante la pandemia del COVID 19 y puede empeorar todavía más, según indica la tendencia documentada.
7. El Estado Constitucional de Derecho ha sido sustituido, en Venezuela, por una legislación y unos decretos totalmente contrarios a la letra y espíritu de la CRBV. Coexisten, en tiempo real, dos modelos antagónicos en permanente tensión, siendo esta cada día más aguda y con peores consecuencias sobre los derechos humanos. Ese dualismo estatal y el conflicto que le es inherente ha causado un deterioro en todas las aristas de las instituciones. Tanto así, que coloca a la economía y la sociedad al borde del colapso debido a los enormes gastos en mantener nóminas paralelas. La consecuencia es el desempleo y el su-

bempleo, así como la inestabilidad laboral y salarios están por debajo del límite máximo de pobreza. Dentro de este contexto, los crímenes documentados desde 2017 por la OFCPI se han agravado en tiempos de pandemia, como se ha visto en este papel de trabajo.

8. Por diferentes fuentes calificadas, se ha revisado exhaustivamente la situación y se ha llegado a la conclusión de que este dualismo no es sustentable. Las instituciones del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo no dan la respuesta necesaria ni oportuna a los crímenes atroces que se han documentado y verificado por la OFCPI en su examen preliminar. El nexo entre la crisis institucional y la emergencia humanitaria compleja es claro y empeora juntamente con la perpetuación del esquema de corrupción, de violaciones masivas de derechos humanos, de atrocidades y de quebrantamiento del Estado de Derecho.
9. Todo lo anterior motiva a realizar un exhaustivo esclarecimiento de los hechos y de la verdad a los fines de lograr el imperio de la Ley y la Justicia en Venezuela. Para ello, es indispensable escrutar, mediante la investigación independiente que deberá realizar la OFCPI, cómo funciona la máquina de poder u organización en la cual actúan impunemente los autores mediatos o “personas de atrás.”
10. El escenario próximo, de no detener este proceso e iniciar una transición hacia la reconstrucción del Estado de Derecho y la democracia con plena garantía de los derechos humanos, sin dualismo estatal, es aquel en el que se corre el peligro de descender desde la condición actual de gran fragilidad hacia un Estado fallido y sus consecuencias como, por ejemplo, un agravamiento en la cantidad de víctimas de ataques, situación en la cual privaría la ingobernabilidad y el Estado sería incapaz de garantizar a nadie el derecho a la vida y todos los demás derechos.
11. En Venezuela se hace indispensable e impostergable una transición hacia la democracia y el imperio de la Ley y la Justicia, tomando como base el principio de preeminencia de los DDHH.

El documento publicado oficialmente el 13 de agosto pasado, en el que el gobierno y la oposición logran un primer entendimiento de negociación acerca de los puntos básicos para resolver la crisis venezolana, es un importante paso afirmativo de un proceso de transición hacia la democracia. Implica un reconocimiento, de parte del gobierno, acerca de que debe ceder en varias materias y, sobre todo, someterse a un proceso integral, incremental y progresivo de acuerdos, según lo cual “la negociación se dará bajo el principio de que nada está acordado hasta que todo lo esté.” Esto despeja la falsa expectativa de cualquier tipo de violencia militar o el uso de la fuerza para resolver la crisis.

12. Se impone, entonces, un proceso de instauración de un sistema jurídico apropiado de justicia transicional como opción válida en Venezuela, a los fines de acompañar la transición hacia la democracia, bajo el principio de preeminencia de los derechos humanos y de respeto al Estado Constitucional de Derecho. Dentro de ello, se contempla hacer justicia, promover una cultura de respeto a los derechos humanos y de investigar y sancionar su violación. La justicia ordinaria debe ser reconstruida y reinstitucionalizada, prácticamente.
13. Finalmente, se debe continuar con el monitoreo y seguimiento a los pasos que dé, en un futuro próximo, la OFCPI sobre el examen preliminar y la opción de abrir la investigación formal de la Situación I de Venezuela, la cual será conducida por el Fiscal Karim Khan; por lo que es necesario que las víctimas continúen llevando sus casos a su conocimiento. También, que las ONG sean protegidas de la violencia y la persecución. La aspiración es que se determine, cuanto antes, quienes dominan el aparato de poder, así como su estructura y funcionamiento, y se establezca con claridad quienes son los autores mediatos de los crímenes. El principio de responsabilidad de proteger así lo exige.