

**LA SENTENCIA DE LA SALA DE APELACIONES DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL DE 5 DE MARZO DE 2020,
RELATIVA A LA SITUACIÓN DE LA REPÚBLICA ISLÁMICA DE
AFGANISTÁN**
**¿APROBADO GENERAL¹ EN LA ASIGNATURA PENDIENTE DE
LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS?**

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General consejero togado (retirado)

«Los ojos de millones de víctimas del pasado y potenciales víctimas del futuro, les observan». Kofi Annan, secretario general de la ONU, Roma, 15-6-1998.

«La Court veille à ce que les victimes soient entendues devant una cour de justice et les place au coeur de la procédure». Chile Eboe Osuji, Presidente de la Corte Penal Internacional². La Haya, 10-10-2018.

Resumen

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional debería asegurar que los derechos de las víctimas y su asistencia deben hacerse efectivos en el sistema de la justicia penal internacional. La sentencia (5 de marzo de 2020) de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional con-

¹ En la reciente pandemia del COVID-19, algún experto oficial consideró la posibilidad de conceder a los escolares *aprobado general* en el curso 2019-2020.

² Déclaration du Président, Communiqué de presse, 10 December 2018.

sidera adecuado revocar la decisión impugnada de la Sala de Cuestiones Preliminares (12 de abril de 2019) con el efecto de autorizar al fiscal para comentar una investigación en relación con los crímenes presuntamente cometidos en el territorio de Afganistán desde 1 de mayo de 2003, así como otros alegados delitos con un nexo con el conflicto armado en Afganistán desde el 1 de julio de 2002. Es un hito en la historia de la justicia penal internacional.

Palabras clave: Víctimas. Corte Penal Internacional. Salas de Apelaciones y de Cuestiones Preliminares. Situación de Afganistán.

Abstract

The Rome Statute of International Criminal Court would ensure victims' rights to reparations and assistance are realised in the international criminal justice system. The Judgment (5 march 2020) of the Appeals Chamber of International Criminal Court considers it appropriate to amend the impugnted Decision of Pre-Trial Chamber (12 april 2019) to the efect that the Prosecutor is authorised to commence an investigation in relation to alleged crimes committed on the territory of Afghanistan in the period since 1 may 2003, as well as other allegaed crimes that have a nexus to armed conflicto in Afghanistan since 1 july 2002. It is a milestone in history of International Criminal Justice.

Keywords: Victims. International Criminal Court. Appeals and Pre-Trial Chambers. Situation in Afghanistan.

SUMARIO

I. Propileos. II. Determinaciones previas: La protección de las víctimas como asignatura pendiente en el Estatuto de Roma. III. La sentencia de la Sala de Apelaciones. A. Introducción. B. Los supuestos de hecho. IV. Referencia a la cláusula general de participación de las víctimas y a la fase preliminar. V. El desarrollo del procedimiento ante la Sala de Apelaciones. VI. Fundamentos jurídicos de la sentencia. A. Primer motivo de la apelación. Error de derecho de la Sala de Cuestiones Preliminares II por realizar una determinación positiva del interés de la justicia. B. El contenido del voto particular de la magistrada Ibáñez Carranza. C. Segundo motivo de la apelación. Abuso por la Sala de Cuestiones Preliminares II de su discrecionalidad en la valoración de los intereses de la justicia. D. El pronunciamiento sobre aspectos de la Sala de Cuestiones Preliminares II que no han sido objeto de apelación, como el ámbito de la autorización que se concede al fiscal para iniciar la investigación. VII. Fallo y conclusiones.

I. PROPILEOS

- Entre las dos citas que encabezan este trabajo discurre el ya largo periodo de tiempo entre la creación (Conferencia Diplomática de Roma, 15 de junio-17 de julio de 1998) de la Corte Penal Internacional y la mayor parte de su actividad (2018), que comenzó 1 de julio de 2002 y continúa hasta nuestros días, por lo que en 2019 hemos podido celebrar su xx³ aniversario. En tan dilatado espacio han sido muchas las referencias retóricas a la reparación de las víctimas y a su participación en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo, CPI). Sin embargo, la protección de las víctimas seguía siendo la *asignatura pendiente* del Estatuto de Roma (en lo sucesivo, ER) de 17 de julio de 1998.
- Por estas razones, se puede considerar un hito en la evolución de la CPI Sentencia de la Sala de Apelaciones (en lo sucesivo, SAP) de 5 de marzo de 2020, relativa a la situación de la República Islámica de Afganistán, objeto del presente estudio.
- Después de un capítulo introductorio sobre el sistema de protección de las víctimas en el ER, abordaremos en primer lugar los supuestos de hecho relatados en la sentencia y el desarrollo del procedimiento ante la SAP. Seguidamente introduciremos una referencia a la cláusula general de participación de las víctimas en el procedimiento y a la fase preliminar.
- A continuación pasaremos a analizar los fundamentos jurídicos de la decisión comentada, siguiendo los tres motivos o apartados de la sentencia de apelación: 1.º El error de derecho de la Sala de Cuestiones Preliminares II (en lo sucesivo, SCP-II) al realizar una determinación positiva de los intereses de la justicia. 2.º El abuso por la SCP-II de su discrecionalidad en la valoración de los intereses de la justicia. 3.º El pronunciamiento, por economía procesal, sobre aspectos de la SCP-II que no han sido objeto del recurso de apelación, como el ámbito de la autorización que se concede al fiscal⁴ para iniciar la investigación, tanto los limitados a los inci-

³ «Seminario sobre la Corte Penal Internacional 20 años después: Integridad del Estatuto y universalidad». Asociación Española de Profesores del Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPRODIRE), Escuela Diplomática, Madrid, enero de 2020. Pendiente de publicación.

⁴ En algunos, no en todos, los pasajes de la sentencia de la Sala de Apelaciones se hace referencia a «la fiscal» (*she*, ‘ella’), aludiendo a la condición femenina de la actual fiscal Sra. Fatou Bensouda. Sin embargo, no se sigue el mismo criterio en las citas de la magistrada disidente Sra. Luz del Carmen Ibáñez Carranza que es denominada *judge* (‘juez’).

dentes en el recurso y otros conectados estrechamente al mismo, como a ciertos actos cometidos fuera de Afganistán que pueden ser equivalentes a crímenes de guerra si las víctimas de los mencionados actos han sido capturadas fuera de Afganistán.

Durante el análisis jurídico de la sentencia se ha tenido en cuenta que la magistrada peruana Luz del Carmen Ibáñez Carranza ha formulado una opinión separada (voto particular) sobre algunos de los fundamentos de la decisión, concretamente respecto de la interpretación del artículo 15 en relación con el 53 del ER, contenida en los párrafos 29 a 33 de la sentencia, aunque no al fallo (que se acuerda por unanimidad).

Finalmente, examinaremos el fallo aportando las pertinentes conclusiones.

II. DETERMINACIONES PREVIAS: LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS COMO ASIGNATURA PENDIENTE EN EL ESTATUTO DE ROMA

La mejor doctrina⁵ se pronuncia sobre la reparación a las víctimas, incluso como técnica alternativa para la solución de conflictos, pero destaca que la víctima soporta la insensibilidad del sistema penal y la indiferencia de los poderes públicos (victimización secundaria).

Sin embargo, en la literatura oficial el botafumeiro ha sido utilizado copiosamente en honor de las víctimas, pero aquí el incienso es una forma de retórica persistente.

Aunque debemos compartir⁶ que constituyó un indudable avance del ER el reconocimiento de las víctimas a participar en el procedimiento y a obtener la debida reparación, nos sumamos a las posturas críticas sobre la práctica, que ha dejado de lado la vertiente restaurativa.

Desde el análisis de los antecedentes del ER, la incorporación de las normas sobre participación de las víctimas es el resultado de la crítica general a los tribunales penales *ad hoc*, concluyendo la doctrina⁷ que las

⁵ DEMETRIO CRESPO, E. «Del Derecho Penal liberal al Derecho Penal del enemigo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 14, 2004, p. 101.

⁶ SOROETA, J. «La Corte Penal Internacional (2002-2017): Balance y perspectivas», en *Documento de Investigación del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, 19/2017, p. 13.

⁷ DAVID DONAT-CATTIN, «Article 68. Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings», en Triffterer, O. y Ambos, K. (coord.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. München, 3.ª ed., C.H. Bech, Hurt, Nomos, 2015, p. 1683.

víctimas son «partes potenciales» en el proceso porque su participación no es esencial en sentido estricto. Desde otro punto de vista, un conocido procesalista⁸ calificó este proceso como *sui generis*, al no corresponderse con ningún modelo vigente del mundo.

Por otra parte y de forma contemporizadora, quizás por la novedad del tema, se llegó a sostener⁹ que la inclusión de la posibilidad de obtener reparación por las víctimas se considera como revolucionaria en el derecho penal internacional. Sin embargo, la doctrina¹⁰ pone de manifiesto que el sistema previsto en el Estatuto produce la frustración de las víctimas que ven incumplida su esperanza de conseguir una reparación.

Efectivamente con la «eficacia y celeridad» que preside la actividad de la CPI no se puede responder a las víctimas que «no son parte en el proceso porque se demoraría el procedimiento». En los dieciocho años de funcionamiento de la CPI (2002-2020) solo se pronunciaron siete sentencias sobre el fondo del asunto: cuatro condenatorias (Lubanga, Katanga, Al Mahdi y Ntaganda) y tres absolutorias (Ngudjolo, Bemba y Gbagbo-Blé Goudé). Con independencia de cinco condenas menores por delitos contra la administración de justicia (Bemba y otros).

Concretando la materia objeto de estudio, desde la óptica del derecho procesal penal la doctrina¹¹ nos ofrece unas conclusiones que resumen la materia:

- La participación procesal de las víctimas es un derecho previsto en el ER.
- Las víctimas no son partes en el proceso ante la CPI, tienen un estatuto procesal especial y derecho a participar en todas las fases del procedimiento, excepto en la investigación fiscal.
- El derecho de las víctimas a intervenir en los recursos no se concede de forma automática y si se deniega la sala debe indicar la forma de actuar, teniendo en cuenta la garantía de una amplia defensa.

⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», en *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 278 y 279.

⁹ BAUMGARTNER, E., «Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court», en *Review International of the Red Cross*, vol. 90, n.º 870, junio 2008, pp. 413 y 414.

¹⁰ SOROETA, J. «La Corte Penal Internacional (2002-2017): Balance y perspectivas», art. cit. p. 14.

¹¹ ZILLI, M. A. C., «Artigo 68. Proteção das vítimas e das testemunhas e sua participação no processo», en Sylvia Elena Steiner y Leonardo Nemer Caldeira Brant (coord.), *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*, Belo Horizonte, ed. Del Rey-Konrad Adenauer Stiftung-CNPg-CEDIN, 2016, pp. 984 a 986.

Volviendo a un punto de vista crítico¹², no debe olvidarse la consideración excesivamente proteccionista del ER en relación con la participación de las víctimas en el proceso. De forma que el estatuto opta por atribuir al fiscal la función de garantizar los intereses y las circunstancias personales de las víctimas, cuando lo más justo sería el reconocimiento directo de sus derechos a participar como partes en el proceso ante la CPI.

Debemos concluir que la participación de las víctimas es una condición esencial para el desarrollo de los procedimientos ante la CPI y que cualquier sistema que no garantice los intereses de las víctimas¹³ y la reparación debida, no alcanzará el objetivo expresado en el Preámbulo del ER: «Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes [los de mayor trascendencia internacional] y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes».

Y estas reflexiones se traducen en una propuesta: Reconocer *de lege ferenda* la legitimación activa y condición de partes en el proceso ante la CPI a las víctimas (a través de sus representantes legales) desde la audiencia de confirmación de cargos.

Propuesta humanitaria que encuentra su fundamento en los Principios del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que ha estado siempre, desde su nacimiento en 1864, al lado de las víctimas.

III. LA SENTENCIA DE LA SALA DE APELACIONES

A. INTRODUCCIÓN

Con fecha 5 de marzo de 2020, la SAP de la CPI dató su sentencia (ICC-02/17 OA4) recaída en el recurso de apelación formulado por el fiscal contra la decisión relativa a la investigación de la situación en la República Islámica de Afganistán.

La SAP estaba integrada por su presidente magistrado Piotr Hofmanski y por los magistrados Howard Morrison, Luz del Carmen Ibáñez Carranza,

¹² GARCÍA SAN JOSÉ, D. I., «La configuración jurídica de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional», en *La Criminalización de la barbarie* (J. A. Carrillo Salcedo), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 474 y 475.

¹³ BITTI, G., «La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional», en Guevara, B., J. A. y Tarciso Dal Masso (compiladores), *La Corte Penal Internacional: Una visión iberoamericana*, México, ed. Porrúa y Universidad Iberoamericana de México, 2005, p. 684.

Solomy Balungi Bossa y Kimberly Prost. Intervinieron la fiscal Fatou Bensouda y Helen Brady (de la Oficina del fiscal), once representantes legales de las víctimas (LRV 1, LRV 2 y LRV 3), dos representantes de la Oficina del Consejo Público para la Víctimas, dos representantes de la Oficina del Consejo Público de la Defensa y dos representantes de los Estados. Se da cuenta de la actuación del secretario y se relacionan los quince *amici curiae*, entre los que destacan David J. Scheffer, Jennifer Trahan, Göran Sluiter, Kai Ambos y Gabor Rona y, en notas de la sentencia se cita (entre otros) a antiguos fiscales como David M. Crane o Carla del Ponte.

La decisión apelada de fecha 12 de abril de 2019 (ICC-02/17-33) fue dictada¹⁴ por la SCP-II y lleva por título decisión en cumplimiento del artículo 15 del ER sobre la autorización de una investigación en la situación de la República Islámica de Afganistán de 12 de abril de 2019 (ICC-02/17-33). Esta decisión es enmendada por la SAP con el efecto de que el fiscal es autorizado para comenzar la investigación en relación con los alegados (presuntos) crímenes cometidos en el territorio de Afganistán en el periodo desde el 1 de mayo de 2003, así como otros citados crímenes que tengan un nexo con el conflicto armado de Afganistán y estén suficientemente conexados con la situación y hayan sido perpetrados en el territorio de otros Estados partes en el periodo desde el 1 de julio de 2002.

La decisión de la SCP-II, objeto de recurso de apelación, ha sido criticada por la doctrina jurídica internacionalista. Orihuela Calatayud, en un extenso estudio¹⁵, estableció que la decisión ha sido polémica porque la SCP-II ha anulado la decisión del fiscal sin razonamientos sustanciales para creer que la investigación no redundaría en interés de la justicia y cuando la citada sala había seguido idénticos procedimientos y avanzado los mismos argumentos con éxito en ocasiones previas. Añade que la decisión de la SCP-II puede ser considerada *ultra vires*. Por otra parte, comparto la crítica de la decisión que afecta a la reparación de las víctimas (que ya se puso de manifiesto en la ponencia del «Seminario sobre la Corte Penal Internacional 20 años después: Integridad del Estatuto y universalidad» (AEPRODIRE, Madrid, enero 2020), al denegar su acceso como beneficiarios a los programas de asistencia del Fondo Fiduciario a favor de las Víctimas.

¹⁴ El magistrado Mindua formuló a la decisión una opinión separada (voto particular) y concurrente, explicando determinados criterios operativos, pero no porque deban ser considerados como elementos del interés para la justicia. En todo caso, el referido magistrado entiende que la Sala de Cuestiones Preliminares tiene competencia para el análisis de la cuestión de los intereses de la justicia.

¹⁵ ORIHUELA CALATAYUD, E. «When are there substantial reasons to believe that an investigation of *core crimes* would not serve the interests of justice?», en *The Spanish Yearbook on International Law*, Vol. 23 (2019), artículo publicado el 31 de diciembre de 2019.

Concluye la autora lamentando el mensaje que se envía a los Estados al no investigar la CPI los *core crimes* cometidos en su territorio o por sus nacionales. Si era dudosa antes la credibilidad de la Corte y su futuro incierto, ahora es posible que la SCP-II haya facilitado su propia desaparición, pero mantiene su confianza en que la SAP la ponga en su sitio.

Los razonamientos de la sentencia de la SAP comienzan de forma muy didáctica (y curiosa en una decisión formal judicial) con una serie de declaraciones esenciales o claves (*key findings*) que anticipan su contenido.

En el apartado 1, expone que el artículo 15 (4) del ER establece que la SCP-II debe determinar cuándo concurren las bases de hecho razonables para que el fiscal pueda proceder a una investigación, en el sentido de que los crímenes que hayan sido cometidos (y los que potencialmente surjan en la investigación) caigan dentro de la jurisdicción de la Corte. La SCP-II no invocó el artículo 15 (4) del ER al revisar el análisis del fiscal sobre los factores determinados en el artículo 53 (1) (a) a (c) del ER.

En el apartado 2 se establece que la autorización de la SCP-II relativa a una investigación no debe restringirse a los incidentes específicamente mencionados en la solicitud¹⁶ o petición (*request*) del fiscal según el artículo 15(3) del ER y a los incidentes estrechamente conectados a ellos. Cuestión que, como luego veremos, presenta procesalmente la cuestión de la concurrencia en la sentencia de un caso de *ultra petitem* por la posible falta de correlato o incongruencia entre el contenido del recurso de apelación del fiscal y el fallo.

B. LOS SUPUESTOS DE HECHO

Conforme al artículo 15 del ER, el fiscal, aunque no haya recibido ninguna denuncia de algún Estado parte del Estatuto ni remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones, puede *motu proprio* (de oficio) iniciar una investigación siempre que sea autorizado por la SCP de la CPI. En el presente caso la autorización fue pedida el 20 de noviembre de 2017, sin embargo la citada sala rechazó la autorización solicitada fundándose en que la investigación no redundaría en interés de la justicia.

Los hechos aducidos por el fiscal y derivados de la información previa se referían a la situación de Afganistán y se concretaban en crí-

¹⁶ En el texto de la sentencia de la Sala de Apelaciones se utiliza reiteradamente la palabra *Request* o *request* para designar la solicitud o petición del fiscal a la Sala de Cuestiones Preliminares con objeto de iniciar una investigación. No identifica el recurso de apelación interpuesto por el fiscal.

menes cometidos en dicha república islámica desde el 1 de mayo de 2003 y en otros Estados partes desde el 1 de julio de 2002, comprendiendo los perpetrados por: (i) Los Talibanes y otros grupos anexos consistentes en crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. (ii) Las Fuerzas de Seguridad Nacional de Afganistán considerados como crímenes de guerra. (iii) Las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América (EE. UU.) y su Agencia Central de Inteligencia (CIA) como crímenes de guerra.

La Decisión de la SCP-II recurrida en apelación, por otra parte, se fundamenta exclusivamente en la información aportada por el fiscal, como una base razonable para creer que han sido cometidos crímenes de la competencia de la CPI.

La SAP en su sentencia se permite constatar, no obstante, que la decisión recurrida determina que la investigación puede ser en interés de la justicia, en relación con la gravedad de las conductas alegadas (*sic*), los intereses de las potenciales víctimas y la probabilidad de que la investigación (*sic*) sea factible e importante según circunstancias relevantes. La palabra *sic* (cita textual) es aportada significativamente por la sentencia de apelación.

En todo caso, la SAP establece en su sentencia que el fiscal presenta información sobre una extensa comisión de múltiples crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra por varios grupos armados y actores involucrados en el conflicto, que comenzaron antes de la entrada en vigor del ER y continúan en la actualidad. Destaca que esta información fue aceptada por la SCP-II como base razonable para creer que ocurrieron y constituyen crímenes de la jurisdicción de la CPI.

En el apartado de la sentencia relativo al ámbito de aplicación de la autorización, se destaca que el fiscal en su solicitud (*Request*) aporta información relativa a los crímenes de guerra alegados equivalentes a las graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, consistentes en tortura y tratos crueles, atentados a la dignidad personal y violación y otras formas de violencia sexual, cometidas como parte de la política, por miembros de la CIA en numerosas instituciones de detención en Afganistán, así como en instituciones de detención localizadas en el territorio de otros Estados partes. El fiscal presenta información relatada por individuos maltratados como parte del programa. Algunos de ellos capturados fuera de Afganistán. Al menos un individuo fue capturado en el territorio de Afganistán, mientras la ubicación de la captura del resto era poco clara. En todo caso, el maltrato alegado ha tenido lugar en el territorio de los Estados partes.

El fiscal describe el programa de detención de la CIA como de «carácter mundial», indicando que incluye a personas sin conexión directa con el conflicto de Afganistán, detenidas en conexión con otros conflictos armados o sospechosas de planificar atentados contra los Estados Unidos. Sin embargo, el fiscal en su solicitud (*Request*) se refiere solo a los crímenes cometidos en el territorio de los Estados partes contra individuos que tengan un nexo con el conflicto armado de Afganistán. Individuos sospechosos según la CIA de ser miembros de los talibanes o de Al Qaeda, que cooperan con estos grupos o tienen vínculos o información acerca del núcleo central de Al Qaeda, considerada responsables de los ataques del 11 de septiembre de 2001.

Estima el fiscal que los detenidos fueron interrogados por su conocimiento de las operaciones y ataques planeados por los talibanes o de Al Qaeda, localización de sus líderes o campos de entrenamiento, y cualquier otra información de inteligencia relativa a tal organización. Se excluyó en el informe fiscal del maltrato de personas, a aquellas vinculadas con otras *franquicias* de Al Qaeda u otras organizaciones terroristas.

La sentencia recoge literalmente el punto de vista del fiscal sobre el nexo de los crímenes imputados con el conflicto de Afganistán, haciendo referencia a la operación de los Estados Unidos Enduring Freedom ('Libertad duradera') desencadenada por los ataques a Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, cuya meta era la lucha contra Al Qaeda y el Gobierno talibán, que protege a Al Qaeda y sus líderes. Después de la caída del Gobierno talibán, el núcleo de Al Qaeda abandona las *Federally Administered Tribal Areas* de Afganistán, continúa sus operaciones y participa en el conflicto armado en curso en Afganistán.

IV. REFERENCIA A LA CLÁUSULA GENERAL DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y A LA FASE PRELIMINAR

A. LA CLÁUSULA GENERAL DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN TODAS LAS FASES DEL PROCESO

Apoyándose en el artículo 68 del ER, la doctrina¹⁷ estima que el Estatuto no olvida la protección de las víctimas, tratando de lograr un equilibrio

¹⁷ DDAVID DONAT-CATTIN, «Article 68. Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings», ob. cit., pp. 1688 y 1697.

entre la participación de las víctimas y los derechos del acusado, al que debe garantizarse un juicio justo e imparcial, basado en las normas del proceso debido. Componente esencial de este juicio justo es el respeto de los derechos del acusado, de las víctimas y de la sociedad (representada por el fiscal).

Los autores han calificado como cláusula general¹⁸ al artículo 68 del ER, que reconoce la participación de la víctima de manera genérica (todas las fases del proceso), por lo que ha sido denominada piedra angular¹⁹ del sistema de participación procesal de las víctimas²⁰.

Hay que destacar, respecto a la naturaleza jurídica de la participación procesal, que las víctimas no son partes en el proceso ante la CPI, que son únicamente el fiscal y el acusado, aunque las víctimas son autónomas e independientes en su actuación que no es un mero refuerzo de la acusación. Situación procesal *sui generis*, bastante peculiar que refleja el frágil equilibrio de fuerzas de un proceso justo²¹.

En la Conferencia Diplomática de Roma fue justamente el citado artículo 68 una de las normas más polémicas del ER. El derecho de las víctimas²² a participar en todas las etapas del proceso judicial²³.

Podemos concretar el estatuto de participante²⁴ en que las víctimas no pueden ejercer la acción penal, ni impugnar la admisibilidad, ni interrogar a los testigos, ni apelar las sentencias (salvo la sentencia condenatoria, en lo relativo a la reparación).

¹⁸ IBÁÑEZ GUZMÁN, A. J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 414.

¹⁹ BELTRÁN MONTOLIÚ, A., «El proceso ante la Corte Penal Internacional», en *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Dykinson S.L., 2016, p. 454.

²⁰ MONTERO FERRER, C. «La participación de las víctimas y la sociedad civil en la reformada Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: un estudio comparativo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional», en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Volumen 7, Bogotá, 2019, pp. 146 a 149.

²¹ ZILLI, M. A. C., «Artigo 68. Proteção das vítimas e das testemunhas e sua participação no processo», en SYLVIA ELENA STEINER y LEONARDO NEMER CALDEIRA BRANT (Coord.), *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*, Belo Horizonte, ed. Del Rey-Konrad Adenauer Stiftung-CNPq-CEDIN, 2016, p. 964.

²² MONTERO FERRER, C. «La participación de las víctimas y la sociedad civil en la reformada Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: un estudio comparativo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional», art. Cit. P. 151.

²³ BITTI, G., «La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional», en GUEVARA B., J. A. y TARCISO DAL MASO, J. (Compiladores), *La Corte Penal Internacional: Una visión iberoamericana*, ob. cit., p. 682.

²⁴ BELTRÁN MONTOLIÚ, A., «El proceso ante la Corte Penal Internacional», art. cit., pp. 454 y 455.

En las normas de desarrollo del ER destaca²⁵ el procedimiento para la participación (Reglas 89,90, 91 y 93 de Procedimiento y Prueba), basado en una solicitud que puede ser rechazada por la sala, puesto que ante el gran número de víctimas prevalece la eficacia del procedimiento. Ahora bien, se permite la libre elección de un representante legal que agrupe a las víctimas.

Por otra parte, el importante concepto de la afectación a los intereses personales de las víctimas²⁶ fue acertadamente interpretado por la magistrada Sylvia Steiner (SCP, casos Katanga y Ngudjolo), basando la intervención de las víctimas en el proceso en el derecho a la verdad y el derecho a la justicia.

B. LA FASE PRELIMINAR

En la fase que se denomina preliminar, el artículo 15. 3 del ER (y artículo 50.3 de las Reglas de Procedimiento y Prueba) establecen el mecanismo de activación de la CPI por el fiscal ante la SCP y el derecho de las víctimas a presentar observaciones a esta petición de autorización²⁷.

Ahora bien, la falta de reconocimiento de la legitimación activa de las víctimas en el proceso ante la CPI ha sido objeto de crítica por la doctrina²⁸.

Por último, respecto a la facultad de las víctimas de presentar observaciones a la SCP (Artículo 15.3 del ER y 50 de las Reglas de Procedimiento y Prueba), la doctrina²⁹ expresa sus dudas sobre la limitación establecida en el artículo 50.1 de las Reglas, pues el fiscal puede decidir no comunicar su petición a las víctimas cuando «ello pueda poner en peligro la integridad de la investigación o la vida o el bienestar de las víctimas y los testigos».

²⁵ BITTI, G., «La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional», art. cit. pp. 681 a 683.

²⁶ ZILLI, M. A. C., «Artigo 68. Proteção das vitimas e das testemunhas e sua participação no proceso», art. cit. p. 969.

²⁷ BELTRÁN MONTOLIU, A., «El proceso ante la Corte Penal Internacional», art. cit., pp. 456 y 465. BITTI, G., «La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional», art. cit., p. 673.

²⁸ GARCÍA SAN JOSÉ, D. I., «La configuración jurídica de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional», en *La criminalización de la barbarie*, ob. cit., p. 472.

²⁹ BITTI, G., «La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional», art. cit., pp. 673 y 674.

V. EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ANTE LA SALA DE APELACIONES

La SCP-II, en fecha 12 de abril de 2019, acuerda desestimar la solicitud (*Request*) del fiscal y no autorizar la investigación por el fiscal de la situación en Afganistán, concluyendo que a pesar de que los hechos satisfacen las consideraciones de jurisdicción y admisibilidad, una investigación en Afganistán no redundaría en interés de la justicia.

El fiscal argumenta dos motivos en la apelación. Concretamente que la SCP-II incurrió en error de derecho en la determinación positiva de los intereses de la justicia (primer motivo de la apelación) y, alternativamente, abuso de la discrecionalidad en la valoración de los intereses de la justicia (segundo motivo de la apelación).

La SAP, además, ha considerado las posiciones por escrito del fiscal, víctimas y otros participantes sostenidas en la vista durante tres días, oídos los argumentos orales sobre los asuntos referentes, *inter alia*, a la presente apelación.

Como resumen de la historia del procedimiento ante la SCP-II, la sentencia hace constar que el 20-11-2017 el fiscal presenta su solicitud (*Request*) y que el 12-4-2019 la SCP-II acuerda la decisión, ahora impugnada, rechazando la petición. Destacamos la amplia demora del pronunciamiento de la SCP-II. El 17-9-2019 la misma sala rechaza (*in limine*) la petición de los representantes legales de 82 víctimas y dos organizaciones sobre la apelación de la decisión impugnada y concede, en parte, la petición del fiscal sobre la apelación de la misma decisión según el artículo 82 (1) (d) del ER. Conforme a este precepto, cualquiera de las partes podrá apelar una decisión relativa a una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la SCP-II, un dictamen inmediato de la SAP pueda acelerar materialmente el proceso. No se debe olvidar que las víctimas no son parte en el proceso ante la corte.

En cuanto al procedimiento ante la SAP, la sentencia hace constar que el 10-6-2019 la representación legal de seis víctimas en la situación de Afganistán y la representación legal de una víctima presentan el anuncio de la apelación contra la decisión impugnada. El 12-6-2019 el fiscal presenta observaciones en las que sostiene, *inter alia*, que las víctimas no son parte en los términos del citado artículo 82 (1) del ER y no están legitimados para presentarse en la apelación y que la decisión impugnada no es, en todo caso, una decisión relativa a la jurisdicción o admisibilidad que puede ser apelada conforme al mencionado artículo 82 (1) (a).

La SAP el 27-9-2019 decide dar audiencia por tres días (del 4 al 6 de diciembre de 2019) e invitar a participar a las víctimas, al fiscal, y a la Oficina Pública del Consejo para las Víctimas. Además son convocados e invitados a expresarse los Estados interesados, los profesores de derecho penal e internacional y las organizaciones *expertas* en derechos humanos, que participan en el procedimiento como *amicus curiae*.

El 30-9-2019 habían sido presentados tres informes sobre la apelación (fiscal y diversos representantes de las víctimas). Y el 22-10-2019 el fiscal, la Oficina del Consejo Público para la Víctimas (OPCV) y representantes de las víctimas aportan documentos y escritos argumentando o respondiendo al fiscal.

En los días 14 y 15 de noviembre de 2019 presentan sus respectivos puntos de vista las víctimas de los bombardeos aéreos de los países fronterizos (*the Cross-border Victims*), la Oficina del Consejo Público para la Defensa (OPCD) y ocho *amicus curie*.

El Gobierno de Afganistán presenta sus argumentos por escrito el 2-12-2019.

La SAP, durante los días 4 al 6 de diciembre de 2019, escucha en audiencia los argumentos de las víctimas según el artículo 82 (1)(a) del Estatuto, que se contienen en la decisión impugnada. Y la SAP por mayoría, con el voto en contra de la magistrada Ibáñez Carranza, rechaza la apelación de los representantes de las víctimas, por considerarla inadmisibile.

VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

A. PRIMER MOTIVO DE LA APELACIÓN. ERROR DE DERECHO DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II POR REALIZAR UNA DETERMINACIÓN POSITIVA DEL INTERÉS DE LA JUSTICIA

a) Exposición de los argumentos de las partes en el recurso

Comienza la sentencia, en relación con este primer motivo de la apelación, examinando los argumentos de las partes, aunque realmente la única parte en el recurso es el fiscal. La SAP constata que, justamente, el fiscal argumenta que la SCP-II incurrió en error de derecho cuando realiza una evaluación definitiva sobre si la iniciación de una investigación en relación con la situación en Afganistán era en interés de la justicia. En criterio del fiscal los artículos 15(4) y 53 (1)(c) permiten a la SCP-II determinar si está de acuerdo con el fiscal en que en este punto no hay razones esenciales

para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia. Su punto de vista se basa en una interpretación del artículo 15 (4) del ER. En ausencia de cualquier motivo de duda en la determinación del fiscal sobre la no existencia de razones sustanciales para creer que una investigación no sería en interés de la justicia, el fiscal argumenta que la SCP-II debió haber aprobado su valoración según el artículo 53 (1) (c) del ER y autorizado la investigación.

Las diversas representaciones de las víctimas, la Oficina del Consejo Público para la Víctimas (OPCV), la representación de las Víctimas de los Países Fronterizos (*Cross-border Victims*) y el Centro de Derechos Humanos de la Queen's University Belfast argumentan que la SCP-II solo puede revisar la valoración del fiscal sobre los «intereses de la justicia» cuando estos constituyen la base para una decisión de no iniciar una investigación.

Es decir, cuando el fiscal considera que no debe solicitar el inicio de la investigación o decide no presentar un caso para el enjuiciamiento, con la consiguiente notificación a las víctimas. Para algún autor³⁰ es criticable que, en estos casos, solo puedan presentar alegaciones ante la SCP-II los Estados o, en su caso, el Consejo de Seguridad, facultad que es negada a las víctimas, a las que queda solo la posibilidad residual y remota de presentar nuevas pruebas e informaciones al fiscal.

b) El factor estatutario de «los intereses de la justicia»

Para centrar la materia objeto del recurso, la SAP en su sentencia advierte que la argumentación del fiscal sobre este primer motivo de la apelación parte del supuesto de que la decisión de la SCP-II en cumplimiento del artículo 15(4) del ER debe considerar el factor «intereses de la justicia» del artículo 53(1)(c) del ER, pero la forma en que la SCP-II considera este factor en el presenta caso es errónea.

En contraste, sigue la sentencia, las víctimas y algunos *amici curiae* argumentan que la SCP-II no debe tratar los «intereses de la justicia» en absoluto. Por consiguiente, el primer asunto para la SAP es determinar si el factor «intereses de la justicia» según el artículo 53(1) (c) del ER debe ser valorado al decidir si «hay fundamento suficiente para abrir una investigación» según el artículo 15(4) del ER.

³⁰ GARCÍA SAN JOSÉ, D. I., «La configuración jurídica de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional», ob. cit., p. 473.

La sentencia objeto de análisis destaca que en cinco decisiones de la SCP, autorizando una investigación según el artículo 15 (4) del ER, han sido considerados todos los factores expuestos en el artículo 53 (1) del ER, incluyendo la valoración fiscal de los intereses de la justicia según el citado artículo 53 (1).

Añade que en una decisión de la SCP (con diferente composición, precisa) recaída en la situación en la República de Kenia se autorizó la investigación y se justificó su opinión sobre la conexión entre los artículos 15 (4) y 53 (1) del ER. Otras SCP siguieron el mismo enfoque en decisiones posteriores (situaciones en la República de Costa de Marfil, Georgia, Burundi y Bangladesh/Unión de Myanmar).

Por otra parte, la sentencia resalta que es la primera ocasión en que es examinada en apelación la jurisprudencia sobre la autorización de una investigación según el artículo 15 (4) del ER. Y anticipa que, por las razones que se expondrán más adelante, la SAP declara que la SCP-II incurrió en error en su interpretación del artículo 15 (4) del ER cuando limitó la evaluación de los factores según el artículo 53 (1) del ER.

c) Los antecedentes del Estatuto de Roma

Nos ilustra la sentencia que el punto de partida para el análisis de la SAP es la consideración de la función de los artículos 15 y 53 del ER y la relación entre sus disposiciones. Durante la elaboración de los borradores del Estatuto de Roma, estas disposiciones fueron objeto de un prolongado debate y el texto final reflejó el delicado equilibrio relativo a la potestad discrecional del fiscal para iniciar investigaciones y el alcance que la revisión judicial de estas potestades.

La propia sentencia cita a pie de página las aportaciones doctrinales de autores tan relevantes como Bergsmo, Pejic y Zhu (respecto al artículo 15) y de Bergsmo, Kruger y Bekou (artículo 53) en la conocida obra coordinada por O. Triffterer y K. Ambos³¹.

Recuerda la sentencia, quizás de un modo innecesariamente elemental, el contenido de la Parte 2 del Estatuto («De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable»), con cita de los artículos 13, 14, 15, en particular sobre la iniciación de la investigación del fiscal a iniciativa de los

³¹ TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (coord.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. München, 3.^a ed., C.H. Bech, Hurt, Nomos, 2015, pp. 726-729 y 1366-1368.

Estados partes y por remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las consecuencias anudadas a la decisión del fiscal de no iniciar en estos casos una investigación según el artículo 53(1) del Estatuto.

d) La interpretación del artículo 15 del Estatuto de Roma

A partir de este párrafo (n.º 29) de la sentencia se produce la discrepancia con la opinión mayoritaria de la magistrada Ibáñez Carranza, que formula una opinión separada o voto particular, al que se hace referencia en otro apartado de este trabajo y que no afecta a la unanimidad del fallo.

En contraste con las otras aludidas formas de ejercer la competencia para el inicio de la investigación, entiende la SAP que el artículo 15 del Estatuto da derecho al fiscal para iniciar una investigación de oficio o *motu proprio*, reconociendo tal precepto en su parágrafo 1 la naturaleza discrecional de tal potestad. Así, el fiscal puede decidir cuando hay bases razonables para iniciar de oficio tal investigación o no concurrir. En este último supuesto informará de su falta de fundamento a quienes le hubieren presentado la información, según el artículo 15 (6) del ER.

Desde el punto de vista de la SAP la anterior conclusión es consecuente con la naturaleza discrecional de la potestad que concede al fiscal el artículo 15 del ER. Por ello, la SAP advierte que fue rechazada en los borradores de la Comisión Preparatoria (a iniciativa de Francia en las Reglas de Procedimiento y Prueba, 1999) que en la propuesta a tener en cuenta para la notificación a la SCP y revisión judicial de las decisiones del fiscal, no se solicite autorización para una investigación según el artículo 15 (6) del Estatuto. Por consiguiente la SCP tiene un papel, con respecto al ejercicio por el fiscal de su potestad discrecional, solo para determinar si hay bases para iniciar la investigación. Si el fiscal desea investigar una situación no remitida (*motu proprio*), se requiere la autorización de la SCP según el artículo 15 (4) del ER y si es concedida el fiscal puede iniciar directamente la investigación. No se requiere determinar por segunda vez, según el artículo 53(1) que existen bases razonables para proceder a una investigación.

e) La distinción fundamental de la sentencia

De acuerdo con lo expuesto la SAP, en un razonamiento fundamental de la sentencia, considera que el contenido y ubicación de los

artículos 15 y 53(1) del ER deja claro que existen unas previsiones separadas dirigidas a la iniciación de una investigación por el fiscal en dos contextos diferentes. El artículo 15 del ER regula la iniciación de oficio (*motu proprio*) de la investigación, mientras el artículo 53 (1) se refiere a situaciones remitidas al fiscal por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad.

Hasta este apartado (n.º 33) se refiere la opinión separada (voto particular) de la magistrada Ibáñez Carranza quien comparte los restantes razonamientos y el fallo unánime de la SAP.

f) La improcedencia de pronunciarse sobre los «intereses de la justicia»

La SAP advierte que el referido artículo 15 no se refiere a «los intereses de la justicia» ni al artículo 53 del ER. Concretamente el artículo 15 (4) requiere que la SCP determine solo si «hay fundamento suficiente para abrir una investigación» y «si el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte». Las previsiones estatutarias no establecen otras consideraciones adicionales que la SCP deba tener en cuenta para fin de su determinación. Cita la sentencia, en su apoyo, la intervención oral del profesor Scheffer, entre los *amici curiae*, durante la audiencia a la que nos hemos referido en el desarrollo del procedimiento.

En el terreno puramente procesal, razona la SAP que mientras el artículo 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba establece que el fiscal debe considerar todas los factores según el artículo 53(1), incluidos los «intereses de la justicia», para decidir si pide la autorización para una investigación según el artículo 15 (3), no existe una norma similar que se refiera a estas consideraciones a los fines de la determinación por la SCP según el artículo 15 (4). Concluye la SAP que los factores establecidos en los apartados a) a c) del artículo 53 no son relevantes para la determinación de la decisión de la SCP-II.

No deja de reconocer la SAP que la referencia a un «fundamento suficiente para abrir una investigación» se repite en los artículos 15 (3) y (4), así como en el artículo 53 (1). Y cita de nuevo la decisión de la SCP en la situación de Kenia, que se basa en parte en la repetición de esta frase en los citados artículos, al estimar que todos los factores del artículo 53 (1) (a) a (c) deben ser considerados por la sala de instancia cuando se adopta una decisión según el artículo 15 (4) del ER. Sin embargo, para la sentencia

objeto de análisis esta interpretación desconoce la diferencia esencial entre los estándares aplicables.

La SAP considera que el factor «los intereses de la justicia» expuestos tanto en el artículo 53 (3) del ER como en la Regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba no forman parte de la decisión de la SCP-II según el artículo 15(4) del ER.

A mayor abundamiento, la SAP estima que su interpretación se apoya en determinados preceptos, 49 (1), 49 (2) y 49 (3) de las *regulations* (o Reglamento) de la Corte.

Es evidente que la información que el fiscal aporta en esta etapa es de una naturaleza limitada y muy general, como consecuencia del escenario preliminar del proceso, cuando el fiscal no ha tenido oportunidad de reunir pruebas y averiguar los hechos en el curso de la investigación. En consecuencia el fiscal no puede ser requerido a aportar sus razonamientos o justificar sus conclusiones relativas a los «intereses de la justicia» según el artículo 53 (1) (c) del ER. En efecto, de acuerdo con la regla 49 de las *Regulations* el fiscal es requerido solo a aportar una descripción fáctica de los crímenes cuya comisión se ha alegado y la declaración de que corresponden a la competencia de la Corte. Y la SCP, conforme al artículo 15 (4), se debe limitar a determinar si hay unas bases fácticas razonables para proceder a una investigación y si caen bajo la competencia de la CPI.

Precisa la sentencia que la valoración del análisis judicial de admisibilidad en esta etapa es muy limitada, pues en el contexto del artículo 15 del procedimiento no existe para el fiscal la obligación de notificar a los Estados su intención de solicitar autorización para una investigación y la participación de los Estados no proporciona un marco procesal aplicable. Por consiguiente, es suficiente para los fines del artículo 15 que el fiscal considere la admisibilidad de los supuestos potenciales para determinar si debe solicitar (*request*) la autorización para una investigación según el artículo 15 (3) del ER. No hay bases para que la SCP-II considere también esta cuestión.

g) Los antecedentes del artículo 15 del Estatuto

Durante la Conferencia Diplomática de Roma fue suprimida una disposición en el borrador del artículo 15 para hacer expresamente obligatorio que la SCP disienta de la admisibilidad para tenerla en cuenta al determinar si se autoriza la investigación.

La doctrina³² analiza con detalle los antecedentes de la elaboración del artículo 15 del ER, desde los debates en el comité *ad hoc* de 1995, en el Comité Preparatorio de marzo-abril de 1996, las diversas posturas de los Estados (entre ellos los *like-minded*) en agosto de 1997, la propuesta conjunta remitida al Comité Preparatorio en la sesión de marzo-abril de 1998 y su incorporación al Borrador del ER de la CPI, presentado a la Conferencia Diplomática de Roma.

Estos autores destacan que la mayor parte del artículo 15 del ER es idéntico en su redacción final a la propuesta formulada por Argentina y Alemania excepto que excluye el deber de la SCP de disentir de la admisibilidad para tenerla en cuenta si autoriza la investigación. El borrador aporta dos opciones: La inclusión de un poder *motu proprio* con la supervisión de la SCP o la omisión del correspondiente artículo en el borrador del ER. La mayoría de las delegaciones fueron favorables al mantenimiento de la potestad *motu proprio* del fiscal y prevaleció esta primera opción.

h) Mecanismos procesales específicos

En cuanto a los mecanismos específicos procesales, destaca la sentencia que según el artículo 18 del ER si el fiscal inicia una investigación según el artículo 15 del ER debe notificar lo antes posible a todos los Estados partes y a los Estados que ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trata. El fiscal se inhibirá de su competencia en favor de la investigación del Estado «a menos que la SCP, a petición del fiscal, decida autorizar la investigación» (artículo 18.2 del ER). La existencia de este procedimiento, razona la sentencia, respalda la interpretación de la SAP sobre el artículo 15 (4) del Estatuto.

i) La postura de Afganistán y sus acuerdos de inmunidad

En la audiencia ante la SAP (6-12-2019), la República Islámica de Afganistán sostuvo que en este punto no existe la necesidad de autorizar una investigación en esta etapa, a la luz de las investigaciones emprendidas por Afganistán según los nuevos textos y mecanismos jurídicos y de justicia penal, puestos en funcionamiento precisamente para investigar los

³² BERGSMO, M., PEJIC, J. y ZHU, D., en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (coord.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, ob. cit., pp. 727 y 728.

mismos crímenes que pueden presentarse ante la CIP. La SAP considera acertadamente que existen apropiados mecanismos para valorar tales argumentos por la SCP-II, según el artículo 18 del ER y que Afganistán pida la inhibición de la investigación del fiscal.

También en la citada audiencia se utilizaron ciertos acuerdos entre Estados Unidos y Afganistán que afectan a la jurisdicción de la CPI y pueden ser un factor en la valoración de la autorización para investigar. Sin embargo, la SAP estima que el efecto de tales acuerdos no debe tomarse en consideración en relación con la autorización de una investigación según el esquema estatutario. Como han puesto de relieve el fiscal y los representantes de las víctimas, plantean desafíos a la jurisdicción de la CPI, aunque los artículos 97 y 98 incluye salvaguardias con respecto a las obligaciones de preexistentes tratados y otras obligaciones internacionales que pueden afectar a la ejecución de peticiones según la Parte IX del ER. La sentencia, en definitiva razona que este asunto puede ser planteado por los Estados interesados si las circunstancias lo hacen preciso, pero la argumentación no es pertinente en el tema de la autorización de una investigación.

La SAP ha perdido una buena ocasión para pronunciarse, por lo menos *obiter dicta*, sobre la interpretación de los artículos 97 y 98 del ER, invocados por Afganistán. En particular, dentro de la Parte IX del ER («De la cooperación internacional y la asistencia internacional»), el 97 c) dispone que los Estados partes: celebrarán consultas con la CPI si tienen problemas que puedan obstaculizar o impedir su cooperación, en el caso de: «C) Que el cumplimiento de la solicitud en su forma actual obligare al Estado requerido a no cumplir una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado».

El apartado 1 del artículo 98 («Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega») dispone que

«La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad».

La interpretación de este precepto suscitó severas y fundadas críticas doctrinales, al haber sido utilizado por los Estados Unidos para, con base en dichos preceptos, suscribir acuerdos con determinados Estados que lle-

garon a ser calificados como «acuerdos de impunidad» (en lugar de *inmunidad*) para garantizar la denegación de la entrega de ciudadanos norteamericanos a la CPI.

j) Los límites de la Sala de Cuestiones Preliminares

La sentencia concluye estableciendo que la SCP, conforme al artículo 15 (4) del ER, únicamente es requerida para valorar la información contenida en la solicitud (*request*) del fiscal con objeto de determinar si concurren bases fácticas razonables para proceder a la investigación o si los crímenes presuntamente cometidos caen dentro de la competencia de la CPI. No se requiere la revisión del análisis hecho por el fiscal de los factores según el artículo 53 (1) (a) a (c) del Estatuto.

k) Pronunciamiento sobre el primer motivo del recurso de apelación

Como consecuencia de lo expuesto, la SAP, resolviendo este primer motivo del recurso, declara que la SCP-II incurrió en error de derecho al decidir que la investigación en la situación de Afganistán en esta etapa no sirve a los intereses de la justicia. Asimismo, declara que la decisión de la SCP-II solo debería haber sido dirigida a comprobar si concurre una base fáctica razonable por el fiscal para proceder a una investigación y si los presuntos casos caen bajo la competencia de la Corte.

B. EL CONTENIDO DEL VOTO PARTICULAR DE LA MAGISTRADA IBÁÑEZ CARRANZA

a) Planteamiento

En el inicio de su opinión separada (voto particular) la magistrada Luz del Carmen Ibáñez Carranza deja claro su acuerdo con el fallo de la sentencia que, por unanimidad, enmienda la decisión de la SCP-II objeto de recurso de apelación. Y para que quede evidente no solo se refiere al error de derecho en decidir que la investigación no sirve a los intereses de la justicia y a que debió limitarse a los requisitos del artículo 15 (4) del ER, sino que comparte el fallo en lo relativo a que el ámbito de la investigación incluya los crímenes cometidos fuera de Afganistán y la interpretación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.

Sin embargo, la magistrada disiente de las declaraciones contenidas en los párrafos 29 a 33 de la sentencia, en el sentido de que el fiscal tenga absoluta discrecionalidad para decidir si (o no) para abrir *motu proprio* una investigación y que los párrafos (1) y (3) (b) del artículo 53 se aplican solo por remisiones. Considera que en la presente apelación, son innecesarias estas declaraciones, pues se refieren a cuestiones fuera del ámbito de la apelación y pueden consecuentemente ser interpretadas *sin perjuicio* de escenarios que pueden producirse potencialmente en el futuro cuando el fiscal haya cerrado *motu proprio* un examen preliminar y la SCP-II tenido la iniciativa según el artículo 53 (3) (b) del ER. Se trata de la potestad de la SCP para revisar de oficio una decisión del fiscal de no proceder a una investigación.

En consecuencia considera que es innecesario hacer las afirmaciones que a continuación detalla, en contraste con sus puntos de vista, haciendo referencia al contenido de los apartados (párrafos) 29, 30, 31, 32 y 33 de la sentencia.

El voto particular sostiene que, a menos que las afirmaciones citadas sean formuladas como *obiter dicta*, los colegas magistrados de la sala incurrirían en *ultra petita* y actuación *ultra vires* en el caso de que el fiscal decida no iniciar *motu proprio* una investigación.

Continúa la opinión separada afirmando que la innecesaria desconexión entre el artículo 53 (1) y el artículo 15, tiene como resultado una erosión, que califica de *ultra vires* y *ultra petita* (de no ser *obiter dicta*) de las potestades de la SCP según el artículo 53 (3) (b) del ER cuando el fiscal decida no solicitar autorización para iniciar una investigación. Pues limita innecesariamente el ámbito de los artículos 53 (1) y 53 (3) (b) del ER. Si se trata de *obiter dicta* no deben formar parte de la *ratio decidendi* ni crear jurisprudencia.

Concretamente, la magistrada disidente destaca los puntos de vista de la mayoría que deberían ser interpretados con cautela, identificándolos seguidamente. Así que el artículo 53 (1) no alude a los Estados ni al Consejo de Seguridad, que existe una diferencia de contenido entre las Partes 2 y 5 del ER, que la nota a pie n.º 54 se refiere a la historia de las Reglas de Procedimiento y Prueba y no al artículo 15, que el contenido del artículo 21 (3) del ER se remite al Convenio de Viena de Derecho de los Tratados y a las «condiciones de nuestro tiempo», que es errónea la interpretación del artículo 53 (1) en relación con el artículo 53 (3) (b), que la palabra *may* en el artículo 15 (1) no es indicativa de un poder discrecional libre de restricciones del fiscal para solicitar autorizaciones para iniciar investigaciones *motu proprio*, que la SAP, en el caso Comoros, limitó la discrecionalidad

del fiscal, que los principios de transparencia y de responsabilidad del estado derecho requieren que el fiscal y las salas de primera instancia puedan ser revisadas judicialmente, que discrepa de la imposición de prohibiciones y limitaciones no expresadas en el ER sobre el poder de los jueces, que cualquier prohibición o limitación de un derecho debe ser expresamente escrita en la ley (principio de legalidad) y que, finalmente, que el derecho a obtener la revisión de una decisión administrativa es una consecuencia del derecho humano de acceso a la justicia (caso Comoros).

En conclusión, estima la magistrada disidente que era innecesario, en estrictos términos de la apelación, formular las afirmaciones contenidas en los apartados 29 a 33 de la sentencia, en el sentido de que el fiscal supuestamente tiene poderes absolutos para cerrar el examen preliminar y decidir no solicitar autorización para investigar *motu proprio* los crímenes atroces de la competencia de la CPI.

Finaliza el voto particular destacando el fallo unánime de la SAP al enmendar la decisión errónea de la SCP-II e incluyendo en su ámbito los crímenes presuntamente perpetrados fuera de Afganistán conexiónados con el conflicto armado.

b) Apunte crítico

La moderación formal y el ámbito concreto de la discrepancia formulada en el voto particular de la magistrada Ibáñez Carranza, no es obstáculo para estimar que su argumentación —en opinión de quien suscribe— no es compatible. Aun a la vista de que su disidencia se centra en el hipotético análisis de la potestad de la SCP para revisar de oficio una decisión del fiscal de no proceder a una investigación iniciada *motu proprio*, su crítica sobre el carácter innecesario de las declaraciones de la sentencia no tiene sólido apoyo argumental para justificar la pretendida erosión de las facultades de la SCP de la CPI. Y mucho menos para sostener que, salvo que se consideren emitidas *obiter dicta*, incurran en *ultra petita* y en actuación *ultra vires*. Curiosamente esta descalificación no se emplea para romper la unanimidad cuando la sentencia resuelve sobre los crímenes presuntamente perpetrados fuera de Afganistán conexiónados con el conflicto armado. Y tampoco echa de menos una declaración *obiter dicta* sobre la interpretación del concepto «enjuiciamiento que no redundaría en los intereses de la justicia».

Los apartados que, según la opinión separada, no han sido interpretados en la sentencia con la cautela exigible, son objeto de crítica por la

magistrada disidente con una argumentación no sólidamente fundada y que apunta discrepancias normativas poco significativas, cuando no alusiones de tipo general (principio de legalidad) bien compartibles pero no exactamente aplicables al caso que nos ocupa.

Por el contrario, no considero innecesarias las declaraciones de los apartados 29 a 33 de la sentencia, que guardan relación con el contenido del recurso del fiscal y el fondo del asunto. En definitiva estos apartados de los fundamentos jurídicos de la apelación argumentan que los artículos 15 y 53(1) del ER establecen unas previsiones separadas dirigidas a la iniciación de una investigación por el fiscal: la iniciación de oficio (*motu proprio*) de la investigación (artículo 15) y las situaciones remitidas al fiscal por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad (artículo 53.1).

C. SEGUNDO MOTIVO DE LA APELACIÓN. ABUSO POR LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II DE SU DISCRECIONALIDAD EN LA VALORACIÓN DE LOS INTERESES DE LA JUSTICIA

a) Análisis de la sala

Al examinar este segundo motivo de la apelación, la SAP analiza brevemente la argumentación del fiscal cuando estima que la SCP-II, al determinar que la iniciación de una investigación en Afganistán, abusa de su discrecionalidad sin tener en cuenta factores relevantes.

Como la sentencia estableció ya, respondiendo al primer motivo de la apelación, que la SCP-II incurrió en error de derecho al considerar los intereses de la justicia, no cree necesario ocuparse de este segundo motivo de apelación por el fiscal.

Sin embargo, la interpretación del término intereses de la justicia ha sido objeto de extensa argumentación ante la SAP y ha provocado numerosos comentarios de la comunidad académica y la sociedad civil. Por estas razones la SAP estima apropiado aportar algunas observaciones sobre el enfoque de este concepto por la SCP-II.

En primer lugar destaca la sentencia que el artículo 53 (1) se formula en negativo («razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia»). En segundo término, que las conclusiones de la SCP-II no se apoyan en una información capaz de soportarlas. En tercer lugar, que no hay indicios de que la SCP-II haya considerado la gravedad de los crímenes y los intereses de las víctimas. Por ello, la SAP estima que la SCP-II no ha valorado adecuadamente los intereses de la justicia.

b) La renuencia a pronunciarse sobre los «intereses de la justicia»

En la argumentación de este segundo motivo de la apelación, se echa de menos una declaración *obiter dicta* sobre la interpretación del concepto «enjuiciamiento que no redundaría en los intereses de la justicia».

Es cierto, como considera la SAP, que el factor «los intereses de la justicia» expuestos tanto en el artículo 53 (3) del ER como en la Regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba no forman parte de la decisión de la SCP según el artículo 15(4) del ER.

Por ello, la sentencia concluye estableciendo que la SCP-II conforme al artículo 15 (4) del ER, únicamente es requerida para valorar la información contenida en la solicitud (*request*) del fiscal con objeto de determinar si concurren bases fácticas razonables para proceder a la investigación o si los crímenes presuntamente cometidos caen dentro de la competencia de la CPI. No se requiere la revisión del análisis hecho por el fiscal de los factores según el artículo 53 (1) (a) a (c) del ER.

Sin embargo, la SAP de la CPI, en mi opinión, ha perdido una excelente ocasión para ofrecer una interpretación jurisprudencial de la controvertida expresión «redundar en los intereses de la justicia», uno de los conceptos más criticables del Estatuto de Roma.

c) Nexa con la sección siguiente de la sentencia

- Aunque el segundo motivo de la apelación no será más considerado, en la sección siguiente de esta sentencia, la SAP tratará aspectos de la argumentación del fiscal, dentro del segundo motivo de la apelación, en particular el ámbito de la autorización.

D. EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE ASPECTOS DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II QUE NO HAN SIDO OBJETO DE APELACIÓN, COMO EL ÁMBITO DE LA AUTORIZACIÓN QUE SE CONCEDE AL FISCAL PARA INICIAR LA INVESTIGACIÓN

- Introducción
- En el apartado V de la sentencia, que se destaca con la adecuada importancia, la SAP justifica su decisión, con la invocación de la Regla 158 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba y el artículo

82 (1) (d) del ER³³, que le obliga a confirmar, revocar o enmendar la decisión apelada de la SCP-II. Reitera la SAP el error de la decisión apelada en cuanto a su alusión a los «intereses de la justicia» y, como no se ha autorizado la iniciación de la investigación, el error afecta a la decisión impugnada.

- La SAP invoca así la necesidad de considerar el ámbito de la autorización. La sentencia lo razona en las secciones A y B de este apartado.
- APARTADO A. DE CÓMO LA DECISIÓN IMPUGNADA PUEDE SER REVOCADA Y EL ASUNTO REMITIDO A LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES
- En primer lugar, la SCP-II se funda en que existe una base razonable para creer que los incidentes subyacentes en el recurso han sucedido. De forma que entiende que los crímenes han sido cometidos y el potencial asunto cae bajo la jurisdicción de la CPI. Estos aspectos de la decisión recurrida no han sido apelados.
- Invocando los intereses de la economía judicial (con mayor precisión, procesal), la SAP considera oportuno enmendar la decisión impugnada y autorizar la investigación en base de las antes mencionadas declaraciones de la SCP-II.
- No deja de sorprender este pronunciamiento sobre el ámbito de la autorización, que la misma sala reconoce que no guarda relación con el motivo segundo del recurso de apelación, que podría ser calificado en buena técnica procesal como *ultra petitum*, incurriendo la sentencia en una incongruencia entre las peticiones del recurso y el fallo, por mucho que se invoquen razones de economía procesal. Desde el punto de vista del derecho internacional público es posible constatar incluso un exceso competencial grave por parte de la SAP (*ultra vires*).

El principio de congruencia de las sentencias y el correlato entre las peticiones de las partes y el fallo preside el proceso español y el procedimiento ante la CPI. La sentencia debe ser congruente y respetar los principios de contradicción y defensa, así como la igualdad de armas entre las partes.

³³ Se puede apelar: «d) Una decisión relativa a una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia, un dictamen inmediato de la Sala de Apelaciones pueda acelerar materialmente el proceso».

La doctrina procesalista³⁴ matiza con acierto la diferencia entre el principio acusatorio (que contempla la actividad del órgano jurisdiccional frente a las partes) y los principios de contradicción y de defensa, en función de la intervención de las partes en el proceso.

- APARTADO B. EL ÁMBITO DE LA AUTORIZACIÓN
- La SAP estima que la decisión de la SCP-II ha estado basada en un error de derecho e interpretación incorrecta del artículo 15 (4) del ER. Para clarificar esta materia, la sentencia aborda dos cuestiones. En primer lugar, cómo la autorización está limitada a los incidentes mencionados en el recurso y conectados estrechamente al mismo. En segundo término, cuando ciertos actos cometidos fuera de Afganistán pueden ser calificados como crímenes de guerra, si las víctimas de esos actos han sido capturadas fuera de Afganistán.
- Añadiendo, de forma un tanto contradictoria, que la argumentación relativa a estas materias ha sido planteada en el segundo motivo de la apelación del fiscal y fue tratada por las representaciones de las víctimas, de las Víctimas de Países Fronterizos, de la Oficina del Consejo Público para las víctimas y de diverso *amici curiae*.
- Sección primera. De cómo el ámbito de la autorización ha sido limitado a los incidentes mencionados en el recurso y a los conectados estrechamente al mismo.
- El fiscal presenta información relativa a numerosos incidentes que, en su criterio, establecen una base razonable de que han sido cometidos crímenes de la competencia de la CPI, clarificando que debería poder conducir la investigación respecto a otros crímenes alegados que caen dentro del ámbito de la situación autorizada.
- Por el contrario la SCP-II pone de relieve que el fiscal puede investigar únicamente los incidentes mencionados en su petición y autorizados por la sala. Es decir, comprendidos dentro del ámbito geográfico, temporal y contextual de la autorización.
- La sentencia reconoce los límites del poder investigador del fiscal en esta etapa temprana; sin embargo, estima que los ejemplos de los crímenes alegados que presenta en su recurso (artículo 15 (3) del ER) son suficientes para definir en términos amplios los contornos de la situación que desea investigar.
- Añade que el deber del fiscal, de acuerdo con el artículo 54 (1) del ER es «establecer la veracidad de los hechos». Por tanto,

³⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L., «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», en *La Corte Penal Internacional*, ob. cit. p. 289.

restringir la autorización para investigar puede erróneamente impedir la función del fiscal de la búsqueda de la verdad. En consecuencia, la SAP considera que la autorización para investigar no debe restringir los incidentes específicos mencionados en el recurso del fiscal.

- Asimismo, la sentencia considera, con sobrada razón, que la alternativa propuesta por la SCP-II es de hecho impracticable dentro del contexto de una investigación de largo alcance de los crímenes del tipo propuesto por el fiscal.
- Para ello, la SAP esgrime tres argumentos: Primero. Resulta imposible para el fiscal determinar en el curso de su investigación cuales son los incidentes que pueden con seguridad ser vistos como «conectados estrechamente» (*closely linked*). Segundo. Considera que es contrario al esquema estatutario regular las respectivas funciones del fiscal (artículo 42.(1) del ER y de la SCP (artículos 56 y 57 del ER) respecto a la investigación. Tercero. Respecto a que el fiscal deba abstenerse de recopilar información y pruebas sobre otros incidentes no estrechamente conectados y pendientes de la concesión de una nueva autorización, estima que tal engorroso e inmanejable procedimiento no es exigido por el ER y produce un efecto perjudicial para la conducción de la investigación.
- Teniendo en cuenta lo anterior, la SAP declara que la SCP-II incurrió en error al establecer que el ámbito de cualquier autorización concedida debe limitarse a los incidentes mencionados en la solicitud (*request*) del fiscal y a aquellos estrictamente conectados a ellos.
- APARTADO C. DE CÓMO DETERMINADOS ACTOS COMETIDOS FUERA DE AFGANISTÁN PUEDEN SER EQUIVALENTES A CRÍMENES DE GUERRA SI LAS VÍCTIMAS DE ESOS ACTOS HUBIERAN SIDO CAPTURADAS FUERA DE AQUEL ESTADO
- a) El concepto del contexto en los elementos de los crímenes
- Inicia la sentencia este apartado con una referencia a los hechos a los que hemos hecho mención en el correspondiente epígrafe factual de este trabajo, para destacar seguidamente que el nexo requerido para los crímenes de guerra está reconocido en los elementos de los crímenes, concretamente en el penúltimo elemento de cada uno de ellos, que hace referencia a su contexto con el conflicto armado internacional o no internacional.

Por ello, debemos tener muy en cuenta el derecho aplicable o fuentes del derecho que, de forma jerarquizada, enumera el artículo 21 del ER, cuando determina que la CPI aplicará:

1.º El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.

2.º Los elementos de los crímenes (artículo 9 del ER) y las Reglas de Procedimiento y Prueba, normas que ha aprobado por mayoría cualificada la Asamblea de los Estados partes.

3.º Los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios del derecho internacional de los conflictos armados.

4.º Los principios generales de derecho, que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho, normas y principios internacionales reconocidos.

En todo caso, la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos, en los términos que se establecen en el propio ER.

La jerarquía de fuentes que establece el citado artículo 21 del ER ha de ser interpretada sin perder de vista que la CPI es, ante todo, un tribunal penal instituido para ejercer jurisdicción sobre personas (no sobre Estados) respecto de crímenes (artículo 1 del ER), enjuiciando y, en su caso, imponiendo una pena a la persona declarada culpable (artículo 77 del ER). No es pues una nueva especie de tribunal internacional con competencias penales, sino un auténtico tribunal de naturaleza penal y ello significa un cambio profundo en la jerarquización de las fuentes del derecho aplicable.

Hay, sin embargo, autores que, hablando de derecho internacional penal proponen el traslado al ámbito judicial penal de la doctrina de las fuentes del derecho internacional general. Lo que resulta aceptable en la interpretación de todo tratado internacional, y lo es sin duda el ER, tiene el límite infranqueable del principio de legalidad penal a la hora de enjuiciar los crímenes de su competencia, si queremos que la CPI tenga la consideración de un tribunal de justicia penal independiente, que cumpla con elementales exigencias del Estado de derecho. El carácter embrionario de sus precedentes (Núremberg y Tokio o los constituidos para la antigua Yugoslavia o Ruanda en La Haya o Arusha) no debe hacernos perder de vista el paso decisivo que ha dado el ER al establecer entre los principios generales, no lo olvidemos, del derecho penal (Parte III del ER), el principio «*nullum crimen sine lege*» en el artículo 22, justamente a continuación del precepto que determina el derecho aplicable (artículo 21).

Ahora bien, si es cierto que la teoría de las fuentes del derecho aplicable por la corte debe estar limitada en materia penal por el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y predeterminación normativa (artículo 22 del ER), también lo es la existencia de problemas de interpretación por la naturaleza de los llamados elementos de los crímenes (artículo 9). En efecto, se trata de unos elementos que ayudan a la CPI a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del ER y como tales se mencionan en el artículo 21, si bien con una jerarquía normativa siempre subordinada al propio ER. Sin embargo, parece incontestable concluir, ante el monopolio tipificador del ER, que los elementos de los crímenes no pueden ir más allá de las descripciones típicas de los citados artículos 6, 7, 8 y 8 bis. Y esta sería una interpretación integradora del contenido de los artículos 9, 21 y 22 del ER, aun reconociendo las dificultades para precisar la naturaleza de los elementos como norma jurídica *sui generis*.

La jurisprudencia elaborada por los tribunales penales internacionales, especialmente para la antigua Yugoslavia, ha concretado un elemento de la tipicidad penal en la exigencia de que el crimen se cometa «en el contexto de un conflicto armado». Y, recogiendo esta doctrina, los «Elementos de los crímenes», aprobados por la Asamblea de los Estados partes de la CPI en desarrollo del ER, han incluido en la descripción de los crímenes de guerra la exigencia de que se cometan en el contexto de un conflicto armado. De modo que la intencionalidad del autor debe abarcar el conocimiento y la voluntad de ejecutar el delito teniendo en cuenta que se perpetra la acción criminal precisamente en relación con el conflicto armado³⁵.

b) El pronunciamiento de la sentencia

- La sentencia recoge la función de nexo para diferenciar los crímenes de guerra (homicidio o violación de prisioneros de guerra) de los crímenes ordinarios o delitos comunes según el derecho interno (homicidio o violación), con cita literal de la Sentencia de 12 de junio de 2012 de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso Kunarac.
- Prosigue la sentencia apoyando este enfoque en el caso Ntaganda (sentencia de apelación de 15 de junio de 2017), en el sentido de que un excesivo alcance de las normas de los crímenes de guerra

³⁵ *Vid.* los «Elementos de los Crímenes» en la publicación *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*, F. Pignatelli Meca (ed.), Ministerio de Defensa, Madrid, 2003. Del mismo autor, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

puede ser prevenido por una rigurosa aplicación de la necesidad del nexo.

- La decisión impugnada de la SCP-II declara que los incidentes alegados que el fiscal atribuye a la CIA caen fuera de la jurisdicción de la CPI. Estima que estos actos carecen de nexos con el conflicto armado interno, requerido para producir la aplicación del derecho internacional humanitario.
- APARTADO D. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. EL ARTÍCULO 3 COMÚN A LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES
 - a) Los conflictos armados no internacionales
- La SCP-II, en referencia al primer párrafo (mal calificado como *chapeau*) del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, estima que la letra y el espíritu de tal artículo concretan su ámbito territorial dentro de las fronteras del Estado donde tienen lugar las hostilidades. Y ciertamente el citado artículo se refiere a un conflicto armado no internacional que «surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes».

El tipo básico u ordinario de los conflictos armados internos, desconocido en el ámbito del antiguo derecho de la guerra, tardó también en aparecer en las normas de derecho internacional humanitario. En ambos casos, las normas humanitarias y las relativas a la conducción de las hostilidades, nacieron para regular los conflictos armados entre los Estados. Fue en la guerra civil española donde se sintió de forma apremiante la necesidad de proteger a las víctimas de un conflicto armado no internacional. Como consecuencia, se incluyó en los Convenios de Ginebra de 1949 el artículo 3 común aplicable «en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes». Las partes en conflicto, en consecuencia, serán el Gobierno de un solo Estado y los grupos no estatales organizados que se le oponen, calificados por la autoridad establecida como rebeldes, sediciosos, insurgentes o, simplemente, definidos como parte adversa, grupos disidentes o agentes no estatales. Para Suárez Leoz³⁶ el conflicto armado no internacional aparece como una situación en la que hay hostilidades evidentes entre fuerzas armadas o grupos armados organizados dentro del territorio de un Estado.

³⁶ SUÁREZ LEOZ, D., «Los conflictos armados sin carácter internacional», en *Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 3.ª ed., Valencia, 2017, p. 975.

Ahora bien, no se puede olvidar que el citado artículo 3 común no define el conflicto armado interno, sino que proporciona una noción negativa del mismo («conflicto armado que no sea de índole internacional»), sin concretar ni siquiera quienes deban ser las partes en conflicto. No cabe duda de que, al tratarse de un conflicto armado, supone el empleo de la violencia armada (hostilidades) en el enfrentamiento entre los contendientes, lo que lo distingue de los supuestos de violencia interna (no armada) que se denominan tensiones internas y disturbios interiores. Por otra parte, la lucha armada puede enfrentar a las fuerzas armadas del Estado con los grupos armados no gubernamentales dotados de cierta organización. Pero también puede darse el enfrentamiento, en el territorio de un Estado, de dos o más grupos armados no gubernamentales, sin implicar a las fuerzas armadas estatales y sin que los llamados rebeldes, insurrectos o grupos armados lleguen a controlar un territorio. En todos estos casos nos encontramos ante un conflicto armado sin carácter internacional.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra contiene los principios generales básicos («intransgredibles» según el Tribunal Internacional de Justicia) del derecho internacional humanitario aplicables en toda clase de conflictos, de forma que como afirma Pérez González³⁷ se nos muestra como una suerte de código esencial de principios y reglas en la doble esfera del derecho humanitario y de los derechos humanos, que no pueden dejar de aplicarse.

b) El razonamiento de la sentencia

- La sentencia reproduce, quizás para destacar el enfoque incorrecto de la SCP-II y como si no fuera universalmente conocido, el texto del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.
- La SAP comienza su razonamiento reconociendo que el primer párrafo del artículo 3 común citado describe el ámbito de su aplicación de la forma siguiente: «En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes [...]». Pero añade que esta frase no tiene la función que le atribuye la SCP-II, que es concretamente limitar la aplicabilidad de las disposiciones del ER al territorio en el que se produce los conflictos armados. Por el contrario, estima la SA, simplemente describe las circunstancias bajo las cuales se aplica el mencionado artículo 3 común.

³⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, M., «El Derecho Internacional Humanitario frente a la violencia bélica. Una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto», en *Derecho internacional Humanitario*, ob. cit. pp. 37, 39 y 40.

- La sentencia cita expresamente la presentación del profesor Gabor Roma (destacado *amicus curiae*) quien pone de relieve que su postura se apoya en la posición del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)³⁸. Tal institución humanitaria sostiene que la citada frase no tiene el efecto de restringir la aplicación del mencionado artículo 3 común al territorio del Estado en el que tiene lugar el conflicto armado, sino que tiene como objetivo asegurar que la disposición obligue solo a aquellos Estados que han ratificado los Convenios de Ginebra. Que por cierto son todos los que integran la comunidad internacional (196 Estados).
- c) La postura del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)
- El CICR entiende que la referida frase ha perdido importancia en la práctica justamente por la ratificación universal³⁹ de los Convenios de Ginebra. En efecto, continúa la sentencia todos los Estados que han formulado las alegaciones pertinentes en esta cuestión (Afganistán, Polonia, Rumanía, Lituania y los Estados Unidos de América, son partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949).
- Concluye la sentencia que el artículo 3 común no limita expresamente la aplicabilidad de tal precepto al territorio del Estado en el que se desarrolle el conflicto armado, por el contrario las normas mínimas contenidas en el párrafo 1 del artículo establecen que las personas protegidas serán tratadas con humanidad «en todas las circunstancias»⁴⁰. Y los actos que enumera cometidos contra esas personas «quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar».
- De forma muy pertinente la SAP cita expresamente la conocida sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 29 de junio de 2006 en el caso *Hamdam versus Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*⁴¹.

³⁸ *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC y Cambridge University Press, 2006. Ver comentario al artículo 3 común. Parágrafos 466 a 470, pp. 170 y 171.

³⁹ Ver en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja el estado de ratificación de los instrumentos de derecho internacional humanitario. www.icrc-cicr.org. *State Parties to the following International Humanitarian Law and other related Treaties as of 19-jun-2020*.

⁴⁰ PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El Derecho Internacional Humanitario frente a la violencia bélica. Una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto», en *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit. p. 31.

⁴¹ PÉREZ GONZÁLEZ, M. «Fundamentos del Derecho Internacional Humanitario: La cláusula Martens y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra», en *Derecho internacional Humanitario*, ob. cit. pp. 111 y ss.

- Por consiguiente, añade la sentencia, en contra de lo decidido por la SCP-II, el texto del artículo 3 común en su conjunto no indica que el nexo requerido con el conflicto armado en Afganistán deba existir si la conducta criminal sucede fuera de Afganistán y las víctimas no fueron capturadas en tal Estado. Esta conclusión de la decisión impugnada sería contraria al propósito del citado artículo 3 común, que establece las garantías mínimas en relación con los conflictos armados.
- Oportunamente, la SAP apunta que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha reconocido⁴² que la existencia de un conflicto armado no internacional debe extenderse desde el territorio del Estado en el que se ha iniciado hasta el territorio de los Estados vecinos que no son parte en el conflicto.
- Por ejemplo, este relevante organismo humanitario hace referencia a las personas responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario perpetradas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos ruandeses responsables de genocidio y otras violaciones «cometidas en el territorio de Estados vecinos».
- APARTADO E. EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO
- En cuanto al contexto, la sentencia estima que es incorrecto asumir que, simplemente porque las detenciones alegadas de las víctimas no hayan ocurrido en Afganistán, la conducta no puede tener sitio en el contexto del conflicto armado existente en tal Estado. Se reitera que un cuidadoso análisis de las circunstancias de cada caso será necesario para establecer cuando concurre en nexo suficiente. El lugar de captura de las presuntas víctimas debe ser un factor relevante para este análisis, pero no resuelve la cuestión.
- En conclusión, la SAP considera que la declaración de la SCP-II referente al nexo requerido es incorrecta. Y acuerda que no existe razón para limitar la investigación del fiscal en la forma prevista por la SCP-II.
- Por no decir que la SAP ha determinado que alguno o todos los incidentes enumerados en el Anexo 2 C de la solicitud (*request*) del fiscal deben reunir necesariamente el requisito del nexo para ser calificados como crímenes de guerra.
- Cuando las circunstancias relevantes hayan sido establecidas en el curso de una investigación, el fiscal estará en condiciones de

⁴² *Commentary on the First Geneva Convention*, ob. cit. Ver comentario al artículo 3 común, pp. 126 y ss.

evaluar el derecho aplicable, la trascendencia del hecho de que la presunta detención haya tenido lugar fuera de Afganistán y cuando uno o más casos individuales caen bajo la jurisdicción de la Corte.

En el supuesto en que el fiscal continuara con una acusación sobre una base jurisdiccional hipotética, el artículo 19 (2) del Estatuto establece que:

- «Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte:
 - a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58;
 - b) Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o
 - c) Un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12».

La CPI, conforme al artículo 19 (1) del ER, se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La CPI podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17.

En este contexto, la SAP decide que es prematuro e innecesario resolver cuestiones jurisdiccionales específicas y detalladas con base en un incidente para el propósito de autorizar la investigación en la situación de Afganistán.

• VII. FALLO Y CONCLUSIONES

La sentencia de la SAP de la CPI en su fallo acuerda revocar la decisión impugnada (apelada por el fiscal) de la SCP-II de 12 de abril de 2019, con el efecto de autorizar al fiscal para comenzar una investigación en relación con los crímenes presuntamente cometidos en el territorio de Afganistán desde 1 de mayo de 2003, así como otros delitos alegados por el fiscal que tienen un nexo con el conflicto armado en Afganistán, que están suficientemente conectados con la situación y que han sido cometidos en el territorio de otros Estados partes desde el 1 de julio de 2002.

Como juicio crítico se ha adelantado en este estudio la opinión muy favorable sobre esta sentencia hasta considerarla como un hito en la historia de la justicia penal internacional y poder preguntarnos, ante el panorama pasado de desprotección de las víctimas, si nos encontramos con un aprobado general en la asignatura pendiente de la protección de las víctimas por la CPI superadora de la retórica persistente hasta el momento. Esta vez las víctimas no han resultado frustradas y no ha quedado malograda su esperanza (ciertamente remota) de obtener una reparación adecuada, cuestionada *ab initio* por la decisión de la SCP-II, apelada por el fiscal.

Hasta ha habido celeridad para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión impugnada que lleva la fecha de 12 de abril de 2019 y la sentencia de la SAP está datada el 5 de marzo de 2020. Y ello después de dar oportunidad de formular sus posiciones por escrito al fiscal, representaciones de las víctimas, Oficina Pública del Consejo para las Víctimas. Estados interesados y *amicus curiae*, convocar una la vista durante tres días y escuchar en la audiencia sus argumentos orales.

Sin duda puede cuestionarse la eficacia de la investigación (que no ha hecho sino comenzar un largo proceso) autorizada al fiscal por la sentencia, a la vista de la reacción del Gobierno actual de los Estados Unidos de América⁴³, que motivó una extensa respuesta de Chile Eboe-Osuji, presidente de la CPI⁴⁴, en la que afirmó que la justicia estadounidense podría investigar la guerra afgana al ser la CPI un tribunal de último recurso, que solo actúa si los jueces nacionales no quieren, o no pueden hacerlo.

Desde el punto de vista jurídico la sentencia objeto de análisis, merece algunas observaciones. Hay que destacar, en primer lugar y de forma positiva, la extensión de sus argumentos en relación con la interpretación de conceptos propios del derecho internacional humanitario como el ámbito de aplicación material (*ratione materiae*) de los conflictos armados sin carácter internacional (artículo 3 común), la universalidad de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el contexto de los conflictos armados en relación con los crímenes de guerra.

Es, desde luego, muy compartible el razonamiento fundamental de la sentencia, al estimar que el contenido y ubicación de los artículos 15 y 53(1) del ER significa que existen unas previsiones separadas dirigidas a la iniciación de una investigación por el fiscal en dos contextos diferentes. El artículo 15 del ER regula la iniciación de oficio (*motu proprio*) de la investigación, mientras el artículo 53 (1) se refiere a situaciones remitidas al fiscal por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad.

Entre los aspectos menos positivos podemos, en primer lugar, expresar nuestra discrepancia, desde el punto de vista del derecho procesal, sobre la cuestión de la concurrencia en la sentencia de la posible falta de correlato

⁴³ *Vid.* el artículo del embajador de España Emilio Menéndez del Valle, «Trump contra el orden mundial», en *El País* de 5 de junio de 2020. En el diario *ABC*: «Trump autoriza sanciones a la CPI por investigar al Ejército de EE.UU.», 12 de junio de 2020. En el *El País* «Trump aprueba sanciones contra miembros de la Corte Penal Internacional», 12 de junio de 2020.

⁴⁴ *Vid.* la entrevista al presidente Chile Eboe-Osuji en *El País* de 16 de junio de 2020, titulada «Vivimos en un mundo civilizado donde no se debería amenazar a los tribunales».

o incongruencia entre el contenido del recurso de apelación del fiscal y la sentencia.

- Invocando los intereses de la economía judicial (con mayor precisión, procesal), la SAP considera oportuno enmendar la decisión impugnada y autorizar la investigación con base en las declaraciones de la SCP-II sobre el ámbito de la autorización.
- No deja de sorprender este pronunciamiento, que la misma SAP reconoce que no guarda relación con el motivo segundo del recurso de apelación, y que podría ser calificado en buena técnica procesal como *ultra petitum*, incurriendo la sentencia en una incongruencia entre las peticiones del recurso y el fallo, por mucho que se invoquen razones de economía procesal. Desde el punto de vista del derecho internacional público es posible incluso constatar un exceso competencial grave por parte de la SAP (*ultra vires*).

Por otra parte, la SAP ha perdido una buena ocasión para pronunciarse, por lo menos *obiter dicta*, sobre la interpretación de los artículos 97 y 98 del ER, invocados por Afganistán. En particular, dentro de la Parte IX del ER («De la cooperación internacional y la asistencia internacional»). La interpretación de estos preceptos suscitó severas y fundadas críticas doctrinales, al haber sido utilizado por los Estados Unidos para, en base a dichos preceptos, suscribir acuerdos con determinados Estados que llegaron a ser calificados como «acuerdos de impunidad» (en lugar de *inmunidad*) para garantizar la denegación de la entrega de ciudadanos norteamericanos a la CPI.

Asimismo, en la argumentación del segundo motivo de la apelación, se echa de menos una declaración *obiter dicta* sobre la interpretación del concepto «enjuiciamiento que no redundaría en los intereses de la justicia». La SAP de la CPI, en mi opinión, ha guardado silencio pudiendo ofrecer una interpretación jurisprudencial de la controvertida expresión «redundar en los intereses de la justicia», uno de los conceptos más criticables del ER.

Estos perfiles críticos no desmerecen la calidad ni la oportunidad, aparte de la valentía, de una sentencia dictada por un tribunal independiente que merece aprobar con nota elevada la asignatura pendiente de la protección de las víctimas, superando su victimización (*vae victis*). No creemos incurrir en una hipérbole cuando la hemos calificado como un hito en el difícil camino de la justicia penal internacional.