

**LA AUTORIZACIÓN PARA INVESTIGAR LOS
CRÍMENES COMETIDOS EN AFGANISTÁN. LUCES Y
SOMBRA DE LA SENTENCIA, DE 5 DE MARZO DE
2020, DE LA SALA DE APELACIONES DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL**

***THE AUTHORIZATION TO INVESTIGATE THE CRIMES
COMMITTED IN AFGHANISTAN. LIGHTS AND
SHADOWS OF THE JUDGMENT OF 5 MARCH 2020 OF
THE APPEALS CHAMBER OF THE INTERNATIONAL
CRIMINAL COURT***

ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN DE LA SALA DE APELACIONES. III. LA VALORACIÓN DEL INTERÉS DE LA JUSTICIA EN LAS DECISIONES RELACIONADAS CON LA APERTURA DE UNA INVESTIGACIÓN POR EL FISCAL *MOTU PROPRIO*. IV. EL ABUSO EN LA ADOPCIÓN DE UNA DECISIÓN DISCRECIONAL. V. LA MODIFICACIÓN DE LA DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II Y EL ALCANCE DE LA AUTORIZACIÓN. VI CONCLUSIONES.

RESUMEN. La sentencia de la Sala de Apelaciones de la CPI de 5 de marzo de 2020 ha considerado que la Sala de Cuestiones Preliminares había cometido un error de derecho en su decisión de 12 de abril de 2019 por la que denegó a la Fiscal la autorización para abrir una investigación en relación con los crímenes cometidos en Afganistán. Una conclusión que, al estar basada en el análisis del primer motivo de apelación planteado, ha impedido a la Sala de Apelaciones aclarar otros aspectos, en particular, el debatido tema de los factores a tener en cuenta cuando se evalúa el interés de la justicia. Su sentencia ha puesto de relieve que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares se basó más en especulaciones que en criterios de justicia penal y ha ofrecido a las víctimas la posibilidad de ver reconocidos sus intereses o, al menos, poder beneficiarse de la asistencia del Fondo Fiduciario a favor de las Víctimas.

ABSTRACT: The ICC Appeals Chamber's judgment of 5 March 2020 has found that the Pre-Trial Chamber committed an error of law in its decision of 12 April 2019 denying the Prosecutor authorization to open an investigation into crimes committed in Afghanistan. A conclusion which, being based on the analysis of the first ground of appeal raised, has prevented the Appeals Chamber from clarifying other aspects, in

Fecha de recepción del trabajo: 22 de abril de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de mayo de 2020.

* Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad de Murcia (eorihuel@um.es).

particular, the much-discussed issue of factors to be taken into account when assessing the interests of justice. The Appeals Chamber judgment has highlighted that the Pre-Trial Chamber's decision was based more on speculation than on criminal justice criteria. The Appeals Chamber has offered victims the possibility of having their interests recognized or at least being able to benefit from the assistance of the Trust Fund for Victims.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional, investigación de oficio, crímenes internacionales, interés de la justicia, Afganistán.

KEYWORDS: *International Criminal Court, Motu proprio Investigation, International crimes, Interests of Justice, Afghanistan.*

I. INTRODUCCIÓN

“Today is an important day for the cause of international criminal justice”. Con estas palabras celebraba la Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) la decisión de la Sala de Apelaciones (SA), de 5 de marzo de 2020, que le autorizaba a investigar los crímenes cometidos en Afganistán desde el 1 de mayo de 2003, así como otros crímenes cometidos en otros Estados, desde el 1 de julio de 2002, que tengan relación con el conflicto armado de Afganistán y estén suficientemente conectados con la situación¹.

Nadie duda de lo positivo de la sentencia de la Sala de Apelaciones desde el punto de vista de la justicia penal internacional, ya que la misma va a permitir a la Fiscalía incorporar una nueva situación a las que están siendo investigadas por la CPI². Pero su interés trasciende esta concreta ampliación y, aunque sin sentar jurisprudencia en muchos aspectos, ha venido a aclarar ciertas dudas que había suscitado la actuación de la Fiscalía y de las Salas de Cuestiones Preliminares al amparo de artículo 15 del Estatuto de Roma (ER) y a modificar algunas ideas y prácticas que parecían haberse instalado en sus decisiones y actuaciones. Ahora bien, esto no significa que, a partir de ahora, todas las dudas estén despejadas y no puedan volver a surgir discrepancias entre la Fiscalía y la Sala de CP. Como podremos comprobar, todavía quedan cuestiones necesitadas de clarificación e incógnitas por despejar.

El objetivo de este trabajo consiste en analizar la sentencia de la SA y poner de relieve sus avances, pero también sus insuficiencias que, en ocasiones, son consecuencia de la limitada aceptación que la SCP II hizo del planteamiento de apelación previsto por la Fiscal y, en otras, de su posición sobre cuál es el papel que debe tener la Sala de

¹ Véase Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, following the Appeals Chamber's decision authorising an investigation into the situation in Afghanistan, en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200305-otp-statement-afghanistan>, párr. 79.

² En ese momento ya estaban siendo investigadas once situaciones: República Democrática del Congo, Uganda, Darfur, República Centroafricana, Kenia, Libia, Côte d'Ivoire, Mali, República Centroafricana II, Georgia y Burundi. A ellas se unió en noviembre de 2019 la situación en Bangladesh/Myanmar relacionada con los crímenes cometidos contra los Rohingya, Sobre los crímenes investigados en cada una de ellas y las regiones del país implicadas, véase <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx> (última visita 21 de abril de 2020).

Cuestiones Preliminares (SCP) a la hora de determinar que existe un fundamento suficiente para abrir la investigación.

II. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN DE LA SALA DE APELACIONES

El 12 de abril de 2019, la SCP II denegó la autorización solicitada por la Fiscalía para iniciar una investigación sobre los crímenes cometidos en Afganistán al considerar que dicha investigación no redundaría en interés de la justicia³. Fatou Bensouda manifestó su deseo de apelar dicha decisión y, el 7 de junio de ese mismo año, solicitó a la SCP II su consideración sobre dicha iniciativa y la confirmación de los motivos de apelación identificados⁴. La base jurídica en la que basó la apelación fue el art. 82.1 d) del Estatuto, ya que en opinión de la Fiscalía, una decisión de la SA sobre las cuestiones que pretendía plantear afectaba de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado.

Como indicó la SA en los asuntos *Lubanga* y *Katanga*, los motivos para apelar una decisión de las Salas de la Corte se basan en la existencia de errores de derecho, de hecho, de procedimiento o de un error en la adopción de una decisión discrecional. En el caso de que se haya incurrido en un error de derecho y se haya interpretado erróneamente la norma, o se haya cometido un error de procedimiento, la SA solo interviene si el error afectó materialmente a la decisión impugnada, o lo que es lo mismo, si la Sala que dictó la decisión impugnada hubiera dictado una sustancialmente diferente de no haber cometido ese error. Por lo que respecta a los errores de hecho, la SA ha sostenido que estos se producen cuando una Sala de la Corte aprecia mal los hechos, tiene en cuenta hechos irrelevantes o no tiene en cuenta hechos pertinentes. Cuando se produzca esta situación, la SA ha advertido que solo interferirá en la causa cuando no pueda discernir cómo la Sala pudo llegar razonablemente a la conclusión establecida a partir de las pruebas de que dispone. Por último, respecto a los presuntos errores en las decisiones discrecionales, la SA recuerda que no interferirá en el ejercicio de las facultades

³ Sobre esta sentencia no se han prologado los estudios de la doctrina, pero hay alguna excepción. En este sentido véase ORIHUELA CALATAYUD, E., “When are there substantial reasons to believe that an investigation of *core crimes* would not serve the interest of justice?”, 23 *SYIL* (2019) 9-30, DOI: 10.17103/syil.23.2. Lo más popular han sido los comentarios en blogs. Entre ellos cabe citar a D. Akande and T. de Souza Dias, “The ICC Pre-Trial Chamber Decision on the Situation in Afghanistan: A Few Thoughts on the Interests of Justice”, *ejiltalk*, 18 de abril de 2019; D. Jacobs, “ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision”, Post de 12 de abril de 2019, en <https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber-rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/> (last visit October 31 2019); P. Labuda, “A Neo-Colonial Court for Weak States? Not Quite. Making Sense of the International Criminal Court’s Afghanistan Decision”, *ejiltalk*, 13 de abril de 2019; S. Vasiliev, “Non just another “crisis”: Could the blocking of the Afghanistan investigation spell the end of the ICC? I and II”, *ejiltalk*, 19 y 20 de abril de 2019 respectivamente; B. Walton and A. Farhadi, “The ICC and US Retaliatory Visa Measures: Can the UN Do More to Support the Privileges & Immunities of the Prosecutor?”, *ejiltalk*, 23 de abril de 2019; M. Waraki, “Afghanistan and the “interests of justice”; an unwise exercise?”, *ejiltalk*, 26 de abril de 2019.

⁴ ICC-02/17-34, *Request for Leave to Appeal the “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”*.

discrecionales de una Sala simplemente porque ésta, si tuviera la facultad, hubiera adoptado un fallo diferente. En este contexto, la SA ha sostenido que sólo interferirá en una decisión discrecional en condiciones limitadas, a saber, cuando la decisión se base en una interpretación errónea de la norma; se base en una conclusión de hecho manifiestamente incorrecta; o la decisión constituya un abuso de discreción. Además, una vez que se establece que la discreción se ejerció erróneamente, la Sala de Apelaciones tiene que estar convencida de que el ejercicio indebido de la discreción afectó materialmente a la decisión impugnada⁵.

En opinión de la Fiscal existían tres cuestiones sobre las que convenía un pronunciamiento de la SA. En primer lugar, la Fiscal quería saber si los artículos 15.4 y 53.1c) del ER exigen o, incluso, permiten a la SCP determinar que la investigación redundante en interés de la justicia⁶; en segundo lugar, si la SCP había ejercido de manera adecuada su discrecionalidad al seleccionar los factores que debían tenerse en cuenta para determinar el interés de la justicia y si los había valorado adecuadamente⁷, y, por último, si el artículo 15 o cualquier otra disposición del ER limita el alcance de la investigación que la SCP autoriza a los hechos identificados por el Fiscal en su solicitud y a los relacionados estrechamente con ellos⁸.

El 17 de septiembre de ese mismo año, la SCP II concedió parcialmente a la Fiscalía autorización para apelar, ya que entendió que la determinación del tercer motivo apuntado –el alcance de la autorización– no había sido fundamento del rechazo de la autorización y, por tanto, el recurso sólo procedía en relación con los dos primeros que eran en los que la decisión de la Sala de Apelaciones podía contribuir a la aceleración del procedimiento en este caso⁹.

Por este motivo, el escrito presentado por la Fiscalía a la SA, el 30 de septiembre de 2019, basó su recurso en un error de derecho, a saber, el error cometido por la SCP II al justificar positivamente el interés de la justicia y en un error en el ejercicio de su poder discrecional, pues en su opinión, se había producido un abuso de discrecionalidad por parte de la SCP II al determinar ese interés¹⁰. Como tales motivos afectaron materialmente a la decisión tomada por la SCP II, la Fiscal pidió a la SA que revocara la decisión; que confirmara la interpretación efectuada por la Fiscalía, y que, sobre la base de lo establecido en el artículo 83.2 del ER, ratificara la posición de la Fiscal respecto de los artículos 15.3 y 53.1c). Junto a ello, solicitó que autorizara inmediatamente la investigación respecto de los

⁵ Sobre estas cuestiones relacionadas con los motivos de apelación, véase ICC-01/04-01/07-3778-Red, *Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled “Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute”* de 9 de marzo de 2018, párrs. 38-45 y ICC-01/04-01/06-3466-Red, *Judgment on the appeals against Trial Chamber II’s “Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable”* de 18 de julio de 2019, párrs. 27-32.

⁶ ICC-02/17-34, párr. 15.

⁷ *Ibid.* párr. 19.

⁸ *Ibid.* párr. 24.

⁹ ICC-02/17-62, *Decision on the Prosecutor and Victim’s Requests for Leave to Appeal the Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, párrs. 38 y 41.

¹⁰ ICC-02/17-74, *Prosecution Appeal Brief*, de 30 de septiembre de 2019.

crímenes cometidos en Afganistán, pues la SCP ya había constatado la presencia de los demás requisitos que han de concurrir para que se pueda autorizar la investigación.

En su sentencia de 5 de marzo de 2020, la SA no se ha pronunciado sobre todas las cuestiones planteadas por la Fiscal, pues constatado el error de derecho, no se pronunció sobre el abuso en la adopción de una decisión discrecional. Ahora bien, la SA no ha asumido la interpretación de la Fiscalía sobre la interpretación de los artículos 15 y 53 del ER, sino que ha mostrado su desacuerdo con la interpretación y la práctica que la Fiscalía y la SCP estaban haciendo de estas disposiciones.

La cuestión fundamental abordada por la SA en su sentencia de 5 de marzo de 2020 está relacionada con los parámetros sobre los que el Fiscal y la SCP han de sustentar sus decisiones en relación con la apertura de la investigación de una situación por el Fiscal *motu proprio*, y en particular, si el interés de la justicia es uno de ellos y, en ese caso, si se ha valorado de forma correcta.

III. LA VALORACIÓN DEL INTERÉS DE LA JUSTICIA EN LAS DECISIONES RELACIONADAS CON LA APERTURA DE UNA INVESTIGACIÓN POR EL FISCAL *MOTU PROPRIO*

Según lo establecido en el artículo 15 del Estatuto, el Fiscal de la Corte puede iniciar de oficio una investigación sobre la base de la información recibida sobre la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. Para ello, debe analizar la veracidad de la información enviada o solicitada por la propia Fiscalía y, “si llegare a la conclusión de que existe *fundamento suficiente* para abrir una investigación” debe solicitar autorización a la SCP. Recibida y examinada la petición y la información que la justifique, la Sala habrá de considerar si hay *fundamento suficiente* para abrir la investigación y si el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte. En el caso de que su conclusión sea afirmativa, la Sala autorizará la apertura de la investigación.

Hasta que se dictó la decisión recurrida en apelación, nunca había surgido discrepancia entre la Sala y la Fiscalía cuando esta le solicitaba la autorización para abrir una investigación. En las cuatro ocasiones anteriores, relacionadas con las situaciones de Kenia, Côte d’Ivoire, Georgia y Burundi, la Sala había asumido la posición de la Fiscalía y siempre había concedido la autorización solicitada. En la práctica, cuando se constataba la concurrencia de las condiciones exigidas -existían datos suficientes para considerar que se habían cometido crímenes de la competencia de la Corte, los casos serían admisibles según el artículo 17 del ER, los crímenes presuntamente cometidos eran graves y el interés de las víctimas se dirigía hacia la apertura de una investigación- existía una presunción de que la investigación redundaría en interés de la justicia¹¹ y, por tanto,

¹¹ En este sentido, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, 31 March 2010, párr. 63; *ICC-02/11-14 Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, 3 October 2011, párr. 207; *ICC-01/15-12 Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation*, 27 January 2016, párr. 58, y *ICC-01/17-9 Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi*, 9 November 2017, at paragraph 190.

que existía fundamento suficiente. En consecuencia, el Fiscal no tenía que efectuar una justificación específica del interés de la justicia, a menos que, tras analizar la información recibida, considerara que la investigación *no* redundaría en interés de la justicia y se negara a efectuarla¹².

En su decisión, de 12 de abril de 2019, la SCP II cambió esta práctica y afirmó que su función no se limitaba a comprobar que existiera un fundamento suficiente, sino que también implicaba determinar que la investigación redundaría en interés de la justicia¹³; esto es, la Sala estaba exigiendo una justificación positiva del interés de la justicia y convirtiendo este elemento en esencial y de necesaria consideración y prueba a la hora de tomar su decisión. Esta interpretación del interés de la justicia, como ha puesto de relieve la Fiscal, implica exigir la consideración de elementos adicionales a los establecidos en el artículo 53.1 c) del ER, y su cumplimiento es difícil, cuando no imposible¹⁴, pues se debe tener en cuenta que, en el momento en el que esta exigencia se plantea, la investigación no se ha iniciado. Como puso de relieve Fatou Bensouda en su escrito de apelación, en el artículo 53 hay una presunción *iuris tantum* a favor de la apertura de la investigación que solo destruye la existencia de *razones sustanciales* para creer que la investigación no redundaría en interés de la justicia¹⁵. En consecuencia, , la Fiscal de la CPI entendió que, con este planteamiento y forma de proceder, la SCP II se había equivocado y pidió un pronunciamiento a la Sala de Apelaciones sobre este error¹⁶.

En su sentencia, de 5 de marzo de 2020, la SA ha hecho un planteamiento en el que, siguiendo la opinión de las víctimas y algunos *amicus curiae*¹⁷, no se ha limitado a contestar a la existencia de este error, sino que, negando la mayor, ha afirmado claramente que la SCP no tiene que valorar el interés de la justicia a la hora de decidir si autoriza o no la apertura de la investigación solicitada por el Fiscal¹⁸. Ahora bien, para llegar a esta conclusión la SA necesitó analizar, *obiter dicta*, cuáles son los elementos que la Fiscal y la SCP debían tener en cuenta a la hora de adoptar las decisiones previstas en el artículo 15 y, con ello, la relación que existe entre el artículo 15 y 53 del Estatuto.

Como ya se ha apuntado, el artículo 15.3 del Estatuto prevé que el Fiscal solicite autorización a la SCP para abrir una investigación *motu proprio*. Para decidir si lo hace, o no, esta disposición estatutaria establece que el Fiscal deberá valorar si existe o no

¹² En este caso, el párr. 6 del artículo 15 obliga al Fiscal a informar de su decisión a quienes le hubieran hecho llegar la información.

¹³ ICC-02/17-33, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, de 12 de abril de 2019, párr. 30-35.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 15.

¹⁵ *Ibid.*, párrs. 23-25. Véase también, *Policy Paper on the Interest of Justice*, Septiembre 2007, p. 3.

¹⁶ ICC-02/17-74, párr. 6.

¹⁷ En este sentido véase, LRV 1 Appeal Brief, para. 107; Transcript of hearing, 5 December 2019, ICC-02/17-T-002-ENG, p. 33, lines 7-13; LRV 2 and LRV 3 Appeal Brief, paras 55, 59; OPCV Submissions, para. 39; Transcript of hearing, 5 December 2019, ICC-02/17-T-002-ENG, p. 79, line 15 to p. 81, line 25; Cross-border Victims' Submissions, paras 19-21; Transcript of hearing, 5 December 2019, ICC-02/17-T-002-ENG, p. 71, line 22 to p. 73, line 1; Queen's University Belfast Human Rights Centre Submissions, paras 3-4.

¹⁸ ICC-02/17-138, *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, 5 March 2020, párr. 45.

fundamento suficiente para proceder en esa situación. Ahora bien, ¿cuáles son los factores que el Fiscal debe valorar para llegar a la conclusión de que existe fundamento suficiente? Para responder a esta cuestión, es necesario tener en cuenta que la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (RPP) remite al artículo 53 del Estatuto en el que se regulan los poderes del Fiscal relacionados con la apertura de una investigación en aquellos casos en que la situación ha sido remitida por un Estado parte en el Estatuto o por el Consejo de Seguridad¹⁹. Según esta disposición, el Fiscal, sobre la base de la información de que dispone, tendrá en cuenta si hay fundamento razonable para creer que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, si la causa sería admisible y si existen razones sustanciales para creer que, pese a la gravedad del crimen y el interés de las víctimas, la investigación no redundaría en interés de la justicia (art. 15.4 ER). Si, valorados estos elementos, considera que hay fundamento para abrir una investigación, presentará una solicitud de autorización *ex artículo 15* a la SCP. Efectuada la petición y tras haber examinado la solicitud y la documentación que la acompañe, la SCP autorizará la apertura de la investigación si considera que existe *fundamento suficiente* y que el asunto corresponde a la competencia de la Corte. Ahora bien, de nuevo debemos preguntarnos cuáles son los elementos que la Sala debe tener en cuenta a la hora de determinar si existe, o no, dicho fundamento y si estos son los mismos que se imponen al Fiscal.

El hecho de que en ambos apartados del artículo 15 se utilizara la expresión *fundamento suficiente* como criterio determinante de la actuación del Fiscal y de la Sala, llevó a estos órganos de la Corte a entender que la decisión de la Sala debía responder al estándar utilizado por el Fiscal²⁰. Hasta el 12 de abril de 2019 nadie había discutido este planteamiento y cada vez que la Fiscalía había solicitado una autorización alegando la creencia de la comisión de crímenes de la competencia de la Corte y su posible admisibilidad, la Sala de Cuestiones Preliminares la había concedido sobre la base de que con tal explicación se presumía que, por la gravedad de los crímenes y teniendo en cuenta los intereses de las víctimas, la investigación redundaría en interés de la justicia.

El cambio que en esta forma de actuar introdujo la decisión de la SCP II de 12 de abril de 2019 y el posterior recurso ante la SA han motivado que esta última manifieste su desacuerdo con la creencia de que la SCP tiene que utilizar el mismo estándar que la Fiscalía. En su opinión no existe ninguna norma que obligue a la Sala a seguir los criterios del artículo 53.1. La regla 48 de las RPP está relacionada con la apertura de la

¹⁹ Los comentaristas del Estatuto consideran que estos criterios se aplican tanto respecto de las situaciones remitidas como de la actuación del Fiscal *motu proprio*. Véase, por ejemplo, SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, (2nd ed.), Oxford, 2016, pp. 828-844 (comentario art. 53), en pp. 828 y 832; también AMBOS, K y STEGMILLER, I, “Prosecuting International Crimes at the International Criminal Court: Is there a Coherent and Comprehensive Prosecution Strategy?”, *crime L. Soc. Change*, vol 59, 2003, pp. 415 y ss, en p. 421. La decisión de la Sala de Apelaciones ha matizado, con buen criterio en mi opinión, al considerar que en este último supuesto, si la Sala de CP autoriza la investigación, no es necesario volver a considerar estos factores, ICC-02/17-138, *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, párr. 32.

²⁰ ICC-01/09-19, paragraph 24; ICC-01/15-12, paragraph 4, and ICC-01/17-9, paragraph 28.

investigación sobre la base del artículo 15.3²¹ y no al amparo del artículo 15.4²². La SCP sólo tiene que determinar si hay fundamento suficiente para proceder a la investigación y si el caso se encuentra dentro de la competencia de la Corte, y para ello, debe utilizar la solicitud y documentación presentada por la Fiscalía, sin que sea necesario que tenga en cuenta consideraciones adicionales a la hora de tomar su decisión. En opinión de la SA, la afirmación de que la SCP debe tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 53.1 supone confundir el estándar aplicable a la evaluación con el objeto de la evaluación y advierte que la armonización del estándar entre los artículos 15.3, 15.4 y 53 no implica equiparar el objeto de la decisión del Fiscal al amparo de los artículos 15.3 y 53.1 con la valoración de la SCP sobre la base de lo establecido en el artículo 15.4 ER²³.

Es posible que esta distinción no hubiera sido percibida hasta ahora porque siempre que se había solicitado una autorización para abrir una investigación, la SCP la había otorgado y, en consecuencia, nunca antes se había recurrido en apelación una decisión adoptada al amparo del artículo 15.4 del ER.

En definitiva, la SA se decanta por considerar un error que la SCP afirme en este momento que, pese a la gravedad de los crímenes y los intereses de las víctimas, la investigación no redundaría en interés de la justicia. La SCP no puede valorar el interés de la justicia en el momento de decidir sobre la apertura de la investigación solicitada por el Fiscal, ni puede hacerlo tampoco cuando el Fiscal llegue a la conclusión de que no existe fundamento suficiente y decida no solicitar esa autorización. Esa situación de ausencia de control por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares respecto de la decisión del Fiscal en la que considera que la información facilitada no es suficiente para entender que existe fundamento para solicitar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares es acorde con su independencia y con los trabajos preparatorios de la elaboración del ER²⁴. La Fiscalía tiene la obligación de informar de su decisión a quienes le facilitaron la información (art. 15.6 ER), pero la Sala de CP no podrá obligarle a investigar. Esto no obsta para que la situación sea remitida a la Fiscalía por un Estado o por el Consejo de Seguridad haciendo uso de las facultades que les atribuye el artículo 13 del ER²⁵.

Según lo expuesto, la SCP no puede adentrarse en la valoración del interés de la justicia cuando actúa al amparo de lo establecido en el artículo 15. La única posibilidad que tiene la Sala de apreciar la valoración que el Fiscal haya hecho de este elemento está prevista en el artículo 53.3 y resulta aplicable a las decisiones en las que el Fiscal considera que la investigación o el enjuiciamiento, relacionados con situaciones remitidas por un Estado

²¹ Según esta disposición, “(E)l Fiscal, al determinar si existe fundamento suficiente para abrir una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, tendrá en cuenta los factores indicados en el párrafo 1 a) a c) del artículo 53”.

²² La Sala de Apelaciones advierte que, de haberse querido establecer, se hubiera incluido en las RPP, ICC-02/17-138, párr. 35.

²³ *Ibid.* párr. 36.

²⁴ *Ibid.* párr. 31.

²⁵ Estas consideraciones relacionadas con el supuesto en el que la Fiscalía, una vez analizada la información, decide no solicitar la autorización a la SCP o no iniciar una investigación son las que han provocado la declaración separada de la jueza Ibáñez Carranza en la que advierte que estas consideraciones suponen una actuación que puede calificarse de *ultra petita* y *ultra vires*, párr. 4 de la Declaración.

parte o el Consejo de Seguridad, no redundarían en interés de la justicia²⁶. En definitiva, la SCP II incurrió en un error de derecho que afectó materialmente a la decisión, pues de no haberse cometido, la decisión tomada por la Sala hubiera sido diferente.

Sentada esta conclusión, la SA no se pronuncia expresamente, en este momento, sobre la forma -positiva o negativa- en la que ha de abordarse la justificación del interés de la justicia; un aspecto que constituía el principal fundamento de este primer motivo de apelación planteado por la Fiscal de la Corte. Pese a ello, no todos los aspectos en los que la Fiscal basó su recurso han quedado sin respuesta, pues en la sentencia de la SA se han aclarado cuestiones que esta ha considerado necesarias a la hora de tomar su decisión.

IV. EL ABUSO EN LA ADOPCIÓN DE UNA DECISIÓN DISCRECIONAL

El segundo de los motivos de la apelación presentada por Fatou Bensouda se basaba en el abuso cometido por la SCP II a la hora de determinar si la investigación redundaría en interés de la justicia.

Nadie discute que la evaluación del interés de la justicia es bastante discrecional. Ahora bien, esto no significa que pueda ser arbitrario ni que se efectúe sin posibilidad de control. Como ya hemos apuntado, la SA no siempre va a estimar un error de discreción para anular la sentencia de otra Sala de la Corte, sino que solo lo hará si concurren determinadas circunstancias que lo justifican y entre ellas está el abuso en la adopción de una decisión discrecional. Este supuesto, entiende la SA, se produce en el caso de que la decisión es tan injusta e irrazonable que obliga a concluir que la Sala no ejerció su discreción de manera juiciosa²⁷, señalando en este punto que considerará si la Sala dio peso a consideraciones extrañas o irrelevantes o no dio peso, o no el suficiente, a las consideraciones pertinentes²⁸. Además, para interferir en la decisión impugnada ha de tener el convencimiento de que el ejercicio incorrecto de la discrecionalidad afectó materialmente a la decisión.

En su sentencia, de 5 de marzo de 2020, la SA no consideró necesario analizar este motivo, una vez que ya había llegado a la conclusión de que la SCP II se había equivocado al valorar el interés de la justicia. Sin embargo y como consecuencia del debate que su interpretación ha suscitado en la propia SA y en doctrina, ha considerado adecuado hacer algunas observaciones relacionadas con la valoración del interés de la justicia que ha hecho la SCP II.

²⁶ Estas son las únicas decisiones en la que está previsto un control por la Sala de CP, ya a instancia del Estado que ha remitido el asunto o el C.de S. (apartado a), ya de oficio cuando el motivo de la negativa de la Fiscal está basado en la consideración de que la investigación o el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia.

²⁷ En este sentido, véase, por ejemplo, ICC-01/04-01/06-3466-Red párr. 31 y las referencias que en nota a pie de página se hacen a los casos *Katanga, Kenyatta, Ongwen y Bemba*.

²⁸ *Ibid.*, párr. 32.

En primer lugar, la SA advierte que el el Artículo 53.1 c) del Estatuto está redactado de forma negativa y que, por tanto, la Fiscal no tiene por qué determinar que la investigación redundará en interés de la justicia. De forma indirecta la SA está confirmando con ello la posición mantenida por la Fiscal cuando motivó la comisión de un error de derecho por la SCP II. En segundo lugar, destaca que el razonamiento de la SCP II en el que apoya su consideración del interés de la justicia fue superficial, especulativo y no se refirió a la información en la que debía apoyarse, y, en tercer lugar, la SA destaca que la SCP II no menciona que, al efectuar su valoración del interés de la justicia, haya tenido en cuenta la gravedad de los crímenes presuntamente cometidos ni el interés de las víctimas²⁹.

Cabe lamentar que la SA no haya justificado el por qué de las dos últimas observaciones, pues así podría haber aclarado algunas dudas que existen sobre los factores a tener en cuenta cuando se valora el interés de la justicia, si estos se reducen a los enunciados en el art. 53.1 c) -gravedad de los crímenes y el interés de las víctimas- o cabe ponderar otros y, en este caso, cuáles y con qué alcance³⁰. Pese a ello, nada obsta que podamos efectuar

²⁹ ICC-02/17-138, párrs. 48 y 49.

³⁰ En la doctrina existen diferentes posiciones a la hora de determinar si los elementos a valorar son únicamente los mencionados en el artículo 53.1 c) o si es posible ampliar la relación hasta incluir aspectos que presentan un perfil más político que jurídico. Entre quienes mantienen una posición amplia, véase AKANDE, D. y SOUZA DIAS, T., “The ICC Pre-Trial Chamber Decision...”, *supra* n. 3; CÁRDENAS ARAVENA, C., “Revisión del criterio “interés de la justicia” como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011-1, pp. 21-47, en 34-38, y DE SOUZA DIAS, T., “Interest of justice: Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53 (1) (c) and (2) (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, 2017, pp. 731-751 en 732. Una interpretación amplia pero solo desde el punto de vista de los derechos humanos es la que reflejó un *amicus curiae*, véase, ICC-02/17- 57, 11 July 2019, *Amicus Curiae Submissions on Behalf of Human Rights Organizations in Afghanistan*, pp. 12-16. Una posición más limitada mantiene HUMAN RIGHTS WATCH, *Policy Paper: The meaning of “the interests of justice “ in article 53 of the Rome Statute* June 2005, pp. 20-21 y TURRONE, G., “Powers and Duties of the Prosecutor, in A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol II, Oxford, 2002, pp. 1137-1180, en pp. 1139-1143. Si nos fijamos en los factores que se identifican como valorables, encontramos autores que hacen mención a los procesos de paz, las comisiones de la verdad, o las amnistías (ARSANJANI, M., “Reflections on the jurisdiction and trigger mechanism of the International Criminal Court”. en Von Hebel, Hermann / Lammers, Johan/ Schukking, Jolien, *Reflections on the International Criminal Court*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 1999, pp. 57 y ss., en p. 75; BENSOUA, F., “Challenges related to investigation and prosecution at the International Criminal Court”, en BELLELLI, R., (ed.), *International Criminal Justice*. Surrey: Ashgate, (2010), 131 y ss., en p. 141; BRUBACHER, M., “Prosecutorial discretion within the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 2004-2, pp. 71 y ss., en p. 81; CASSEL, D., “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, *Law & Contemporary Problems*, vol 59, 1996, pp. 191 y ss., en p. 213; DUGART, J., “South Africa’s Truth and Reconciliation Process and International Humanitarian Law”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999-2, pp. 254-263, en pp 262-263; HAYNER, P., “International Guidelines for the Creation and Operation of Truth Commissions: A Preliminary Proposal”, *Law & Contemporary Problems*, vol 59, 1996, pp. 168 y ss., en p. 173; LANDSMAN, S., “Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecutions and Truth Commissions”, *Law & Contemporary Problems*, VOL 59, 1996, PP. 75 y ss., en p. 84; RAZENSBERGER, F., *The International Criminal Court*, Peter Lang, Francfort, 2006, en p. 176; SCHAARF, M., “The amnesty exception of the jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, Nº 32, 1999, pp. 509 y ss., en p. 524; STAHN, C., “Complementarity, Amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, Nº 3, 2005, pp. 695 y ss., en p.

algunas reflexiones sobre los factores valorados por la Sala y su pertinencia, así como sobre aquellos que no tuvo en cuenta pese a ser pertinentes.

1. Los elementos en los que se basó la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares y su pertinencia

Al analizar la decisión de la SCP II llama la atención que, para fijar su posición, la Sala utilice elementos que nunca antes se habían tenido en cuenta y cuya naturaleza dista de ser jurídica. La SA ha considerado que el razonamiento que hizo la SCP II a la hora de determinar el interés de la justicia fue superficial, especulativo y sin fundamento. La verdad es que si algo caracteriza la decisión de la SCP II, de 12 de abril de 2019, es la falta de razonamiento y justificación jurídicos de los elementos o factores tenidos en cuenta a la hora de valorar el interés de la justicia³¹. Existiendo dudas sobre la posibilidad de que la Corte pueda valorar factores no previstos en el Estatuto y, en su caso, cuáles y con qué alcance, el recurso a determinados factores que la Sala consideró pertinentes para tomar su decisión y su valoración deberían haber sido objeto de una justificación más exhaustiva por parte de la SCP II.

En este sentido, las conclusiones de la SCP II sobre las posibilidades de éxito de la investigación como consecuencia de la situación existente en Afganistán, la falta de cooperación de los Estados y su repercusión en la obtención de pruebas o la detención de los sospechosos son, meramente especulativas. Considerar que los cambios que estaba experimentando constantemente el panorama político de Afganistán y de otros Estados clave, así como la complejidad y volatilidad del clima político que rodea el escenario afgano, hacen presagiar que resultará muy difícil conseguir una cooperación significativa de las autoridades competentes, ya sea respecto de la investigación o la entrega de sospechosos, y basarse para justificarlo en el tiempo que se había invertido en el desarrollo del examen preliminar, es vago y especulativo y, además, como advirtió la Fiscal, no tiene en cuenta que el grado de cooperación prestado por los Estados parte en el Estatuto durante el desarrollo de un examen preliminar no es una guía que indique cuál será el grado de cooperación en el momento de la investigación³². En este sentido es necesario tener en cuenta que no existe una obligación de cooperación con la Fiscalía en el desarrollo del examen preliminar, pero los Estados parte en el ER sí están obligados a cooperar desde el momento en el que se abre una investigación (art. 86 ER)³³.

719); quienes lo amplian para incorporar embrionarios procesos democráticos (GOLDSTONE, R. y FRITZ, N., "In the interest of justice and the independent referral: The ICC prosecutor unprecedented power", *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, pp. 655-667, en pp. 662-663), o incluso, consideraciones sobre paz y seguridad en el futuro (SOUZA DIAS, T., cit. supra, pp. 745-747). Un interesante trabajo sobre la relación entre el derecho y la política en el ámbito de la CPI es el realizado por RODMAN, K.A., "Justice as a Dialogue Between Law and Politics. Embedding the International Criminal Court within the Conflict Management and Peacebuilding", *JICJ*, vol. 12 (3), 2014, pp. 1-33.

³¹ Una carencia que resulta especialmente llamativa teniendo en cuenta que, pese a haber considerado que debía basarse en la solicitud y la información facilitada por la Fiscal, la SCP II valora de oficio factores a los que no se hacía mención en la citada solicitud e información.

³² ICC-02/17-74, párrs. 123-129.

³³ La Parte IX del estatuto (arts. 86-102) está destinada a regular la cooperación internacional y la asistencia judicial de los Estados parte con la CPI.

Lo mismo cabe decir respecto de las dificultades apuntadas por la SCP II en relación con la obtención de pruebas y la detención de los sospechosos³⁴. Sus afirmaciones sobre la degradación o disponibilidad de las evidencias, así como su opinión de que los sospechosos pueden no encontrarse al alcance de la Corte, resultan meramente especulativas y están basadas en juicios subjetivos que en ningún momento se encuentran apoyados por una información objetiva.

Junto a ello, es necesario advertir que la valoración de estos factores llevó a la SCP II a considerar la eficacia y el carácter significativo de la investigación y, atendiendo a las dificultades que consideró podía encontrarse la Fiscalía para obtener pruebas y conseguir la detención de sospechosos, consideró que la Corte no está preparada para actuar en todos los escenarios y que debe centrarse en aquellos en los que su actuación sea más significativa y resulte capaz de obtener resultados. Con esta forma de proceder, la SCP II indirectamente estaba haciendo una priorización y selección de los casos a los que debía dedicar sus esfuerzos la CPI.

Además del carácter infundado y especulativo del razonamiento de la SCP II, es necesario advertir que la valoración de estos factores se vio condicionada por otro de los errores cometidos por la SCP II, el relacionado con el alcance limitado que consideró tendría la investigación. Según la SCP II la investigación solo podría efectuarse respecto de los incidentes relacionados por la Fiscal en su solicitud y de los que tuvieran un vínculo estrecho con aquellos³⁵ y mantuvieran relación con el conflicto armado interno de Afganistán y se hubieran producido en el territorio de ese Estado, lo que suponía excluir demasiados supuestos que podrían estar incluidos en la situación.

Es la primera vez que la SCP ha considerado que la investigación debería limitarse de esta forma, pues con anterioridad siempre se había entendido que el alcance de la investigación venía delimitado por parámetros geográficos, temporales y materiales que se derivan de las circunstancias que sugiere la información disponible³⁶ y que estos debían ser suficientemente amplios para no interferir con la obligación de la Fiscalía de llevar a cabo investigaciones objetivas y basadas en pruebas y de seleccionar los casos susceptibles de enjuiciamiento³⁷. Algo que resulta evidente si tenemos en cuenta que en un examen preliminar es imposible identificar exhaustivamente todos los crímenes

³⁴ A estas consideraciones se refiere la Fiscal en su escrito de apelación. ICC-02/17-74, párrs. 130-138.

³⁵ ICC-02/17-33, párrs. 41 y 42.

³⁶ En la situación en Kenia, la SCP autorizó la investigación de los crímenes cometidos en ese país en un periodo de tiempo determinado y lo hizo con un alcance mayor al solicitado por la propia Fiscalía (ICC-01/09-19, párrs. 201-211); En Côte d'Ivoire, siguió el mismo patrón descrito en la situación anterior, pero incluyó también crímenes continuados que pueden cometerse después de ese periodo y en el futuro (ICC-02/11-14 párrs. 179-185); En el caso de Georgia, advirtió que para que el procedimiento del art. 15 se eficaz, no se puede limitar la investigación a los crímenes mencionados por la Sala en su autorización, ya que la información que en el momento de la autorización tiene la Fiscalía y la Sala es limitada y será la investigación la que permitirá identificar los crímenes que deben ser enjuiciados por la CPI (ICC-01/15-12, párrs. 63-64), y en Burundi, la SCP autorizó la investigación de cualquier crimen de la competencia de la Corte cometido en el periodo de tiempo solicitado y también los anteriores y posteriores (ICC-01/17-9, párrs. 192-194).

³⁷ Así lo advierte la Fiscal en su escrito de apelación, ICC-02/17-74, párr. 77.

presuntamente cometidos y supone albergar una confusión sobre lo que es una *situación* y lo que son los *casos* o *causas* que de ella se puedan derivar.

Este planteamiento tan restrictivo respecto del alcance de la investigación influyó en los demás errores puesto que los incidentes que según la SCP II habrían de investigarse se habían producido hacía mucho tiempo y esto influyó en su valoración de las probabilidades de éxito de la investigación.

Este error -limitar el alcance de la investigación a los incidentes mencionados en la solicitud presentada por la Fiscalía y a los que se encuentren estrechamente relacionados con ellos- se vio agravado al no solicitar la SCP información adicional a la Fiscal.

La solicitud de información adicional por parte de la SCP a la Fiscalía es algo habitual. De hecho en este asunto, la SCP II solicitó información adicional a la Fiscal en dos ocasiones, la primera a los pocos días de la presentación de la solicitud de autorización³⁸, concretamente el 7 de diciembre de 2017, con la finalidad de obtener información adicional sobre denuncias presentadas contra fuerzas especiales de algunas de las fuerzas internacionales que operan en Afganistán, y la segunda, el 5 de febrero de 2018, en la que se requirió información sobre la estructura, organización y conducta de las Fuerzas Armadas afganas, la estructura y organización del Estado Islámico que actúa en Afganistán y, sobre la estructura y las políticas de interrogatorio de Estados Unidos en periodos de tiempo definidos³⁹. Sin embargo, después de estas peticiones la SCP no volvió a solicitar una aclaración de la Fiscal.

Resulta inexplicable que la SCP II, teniendo en cuenta que iba a hacer una evaluación que hasta el momento nunca había efectuado y que iba a valorar en positivo el interés de la justicia, algo que nunca había justificado la Fiscalía con anterioridad y que nunca se había requerido al Fiscal que hiciera, no se pusiera en contacto con la Fiscal y, haciendo uso de la Regla 50.4 de las RPP, solicitara más información al respecto o una explicación de las razones por las que la Fiscal no había considerado que la investigación no redundaría en dicho interés de la justicia. Además, resulta increíble que la Sala valorará aspectos, como la cooperación de los Estados, que sólo son conocidos en detalle por la Fiscalía, sin requerir información adicional que le permitiera contrastar su posición o evitar las valoraciones o juicios especulativos.

Junto a estos factores, sobre los que se puede dudar de su oportunidad en la determinación del interés de la justicia, la SCP II cometió un abuso al valorar otros aspectos y con ello ejercer competencias que no le corresponden. En su decisión de 12 de abril de 2019, la SCP II utilizó elementos relacionados con los recursos humanos y económicos para justificar también su negativa y consideró que, dada la situación económica de la CPI y la ausencia previsible de recursos adicionales, la apertura de la investigación de la situación en Afganistán iba a requerir una cantidad significativa de recursos y que la Fiscalía se vería en la obligación de reasignar sus recursos para ponerlos a disposición de

³⁸ Dicha presentación tuvo lugar el 20 de noviembre de 2017.

³⁹ Véase ICC-02/17-33, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, párrs. 5-11.

esta situación y que ello iría en detrimento de otras actuaciones -exámenes preliminares o investigaciones- que podrían resultar más eficaces y dar lugar a juicios.

Según el párrafo 2 del artículo 42 del ER "...(e)l Fiscal tendrá plena autoridad para dirigir y administrar la Fiscalía, con inclusión del personal, las instalaciones y otros recursos"; una afirmación que hace el Estatuto después de haber proclamado la independencia de la Fiscalía⁴⁰. Como advirtió la Sala, la finalidad de estas disposiciones es garantizar que el Fiscal pueda controlar la utilización de los recursos de la Fiscalía según lo requieran sus actividades estatutarias, recayendo la supervisión de su gestión en la Asamblea de Estados parte. La SCP carece, por tanto, de capacidad para determinar la forma en la que el Fiscal gestiona y administra sus recursos⁴¹. En consecuencia, la SCP no puede condicionar la autorización de una investigación a su opinión sobre si resultará adecuado o no dedicar recursos a la misma, y resulta poco pertinente y abusivo que la Sala tenga en cuenta este factor al considerar que la investigación no redundará en interés de la justicia.

2. Los elementos pertinentes que no fueron valorados

Además de la negativa valoración relacionada con el razonamiento efectuado por la SCP II, la SA también ha observado que, al valorar el interés de la justicia, la SCP II no ha tenido en cuenta los parámetros establecidos en el apartado c) del artículo 53.1 del Estatuto. Como ya se ha advertido, la SA ha afirmado que una sala puede abusar de su discreción al no dar peso o importancia suficiente a las consideraciones pertinentes y esto es lo que hizo la SCP II al determinar que la investigación sobre los crímenes internacionales cometidos en Afganistán no redundaría en interés de la justicia, Pese a que la SCP II reconoció la gravedad de los crímenes cometidos en Afganistán⁴², tanto por los Talibanes y otros grupos armados⁴³, como de las Fuerzas Armadas afganas, las americanas y la CIA⁴⁴, la Sala no tuvo en cuenta esta gravedad al evaluar el interés de la justicia. Una vez advertida la ausencia de una definición o cualquier otra guía sobre el significado del interés de la justicia, la Sala pasó por alto que el párrafo c) del artículo 53.1 del Estatuto exige tener en cuenta la gravedad de los crímenes y eludió, en este momento, hacer una referencia a este factor.

⁴⁰ El art. 42.1 establece que "(L)a Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte...."

⁴¹ ICC-02/17-74, párr. 143 y 144. En este sentido se manifiesta también KERSTEN, M., *Justice in Conflict. The Effects of the International Criminal Court's Interventions on Ending Wars and Building Peace*, Oxford University Press, Oxford, 2016. Este autor comparte los criterios de la Fiscalía.

⁴² ICC-02/17-33, párrs. 80-86.

⁴³ En el párrafo 84 de su decisión la Sala afirmó: "(w)ith reference to the crimes allegedly committed by the Taliban and other anti-governmental armed groups, the Chamber specifically highlights the devastating and unfinished systemic consequences on the life of innocent people of the brutal violence inflicted upon civilians and other protected persons in Afghanistan for a prolonged period of time; the gruesome public display of violence aimed at instilling fear and inspiring subjugation in the population as well as the recurrent targeting of women, even very young, and vulnerable civilians.

⁴⁴ Respecto de los crímenes presuntamente cometidos por las citadas fuerzas armadas y de inteligencia la Sala puso de relieve "the gravity per se of the crime of torture, which is radically banned by international law, and the circumstance that the conducts have allegedly been committed by public officials in their functions *Ibid* párr. 85.

La SCP II hizo una interpretación finalista del concepto teniendo en cuenta el objeto y fin del Estatuto y condicionó el interés de la justicia a la posible efectividad de la investigación y posterior detención de los sospechosos; esto es, la SCP II cambió los parámetros establecidos en el Estatuto a la hora de determinar si la investigación redundaría en interés de la justicia⁴⁵ y consideró especialmente relevante el plazo transcurrido entre la comisión de los crímenes y la solicitud de autorización, la escasa colaboración de los Estados conseguida por la Fiscalía, la probabilidad de que las pruebas y sospechosos estén al alcance de la Fiscalía y la cuantía de los recursos que habría que invertir en la investigación⁴⁶. Una valoración que le llevó a la conclusión de que las posibilidades de éxito de la investigación y detención de los presuntos sospechosos era muy limitada y que ello podría generar frustración y hasta hostilidad respecto de la Corte, lo que repercute negativamente en su credibilidad y capacidad para cumplir su función⁴⁷.

Esta única referencia a los intereses de las víctimas, considerada excesivamente simplista por la Fiscalía, pues supone condicionar los intereses de las víctimas a investigaciones y enjuiciamientos exitosos⁴⁸, resulta especialmente lesiva para la credibilidad en la función restaurativa que la Corte afirma tener.

Prácticamente la totalidad de las víctimas que se habían puesto en contacto con la Corte y que habían manifestado su interés en participar en el procedimiento consideraron positiva una investigación encaminada a llevar a los culpables ante la justicia, prevenir

⁴⁵ En su decisión, la SCP II afirmó que “(i)n the absence of a definition or other guidance in the statutory texts, the meaning of the interests of justice as a factor potentially precluding the exercise of the prosecutorial discretion must be found in the overarching objectives underlying the Statute: the effective prosecution of the most serious international crimes, the fight against impunity and the prevention of mass atrocities. All of these elements concur in suggesting that, at the very minimum, an investigation would only be in the interests of justice if prospectively it appears suitable to result in the effective investigation and subsequent prosecution of cases within a reasonable time frame.

The Chamber must therefore analyse whether, in light of the specific features of the situation in Afghanistan, it is likely, or at all possible, that authorising an investigation would result in favouring those objectives. An investigation can hardly be said to be in the interests of justice if the relevant circumstances are such as to make such investigation not feasible and inevitably doomed to failure. In making any investigation or prosecution only worth doing if and to the extent that it can be considered as genuinely instrumental to those objectives, the Statute reiterates the idea that the Court is not meant - or equipped - to address any and all scenarios where the most serious international crimes might have been committed; therefore, focussing on those scenarios where the prospects for successful and meaningful investigations are serious and substantive is key to its ultimate success. *Ibid.* párr. 89-90.

⁴⁶ *Ibid.*, párrs. 91-95.

⁴⁷ En palabras de la SCP II, “...notwithstanding the fact all the relevant requirements are met as regards both jurisdiction and admissibility, the current circumstances of the situation in Afghanistan are such as to make the prospects for a successful investigation and prosecution extremely limited. Accordingly, it is unlikely that pursuing an investigation would result in meeting the objectives listed by the victims favouring the investigation, or otherwise positively contributing to it. It is worth recalling that only victims of specific cases brought before the Court could ever have the opportunity of playing a meaningful role in as participants in the relevant proceedings; in the absence of any such cases, this meaningful role will never materialise in spite of the investigation having been authorised; victims' expectations will not go beyond little more than aspirations. This, far from honouring the victims' wishes and aspiration that justice be done, would result in creating frustration and possibly hostility vis-a-vis the Court and therefore negatively impact its very ability to pursue credibly the objectives it was created to serve.

⁴⁸ Así lo consideró la Fiscalía en su escrito de apelación, ICC-02/17-74, párr. 162.

delitos y establecer la verdad de lo ocurrido y, sin embargo, la Corte antepuso el interés de mantener su credibilidad al interés de las víctimas y no tuvo en cuenta las diferentes formas en las que estas pueden resultar beneficiadas de la apertura de una investigación. Qué duda cabe que el interés de las víctimas porque se enjuicie y condene a los responsables es uno entre todos los que pueden tener, pero la prevención de la comisión de nuevos delitos y el conocimiento de la verdad también estaban presentes. Además, la Sala denegó la apertura de la investigación a sabiendas de que ello impedía a las víctimas recibir la asistencia y beneficiarse de las posibles medidas que el Fondo Fiduciario podría haber puesto en marcha de haberse autorizado la investigación solicitada.

Resulta evidente que la SCP II no tuvo en cuenta los factores considerados pertinentes por el ER y, además, amplió los factores recogidos en el artículo 53.1 c) a la hora de valorar el interés de la justicia. La falta de pronunciamiento de la SA sobre esta cuestión mantiene vivo el debate sobre la posibilidad de valorar factores extrajurídicos a la hora de tomar una decisión relacionada con el interés de la justicia. Se trata, como dijo la Fiscal, de cuestiones de importancia constitucional necesitadas de aclaración⁴⁹.

V. LA MODIFICACIÓN DE LA DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II Y EL ALCANCE DE LA AUTORIZACIÓN

Una vez que la SA concluyó que la SCP II se había equivocado y que ello había afectado a su decisión⁵⁰, la Sala tuvo que dilucidar si debía remitir el asunto a la SCP para que revisara su decisión o si era posible que la SA autorizara directamente la investigación. En su sentencia de 5 de marzo de 2020, se decantó por la segunda de las opciones al considerar que la SCP ya había afirmado que existía fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parecía corresponder a la competencia de la Corte, aspectos no impugnados, y, por tanto, debía proceder de esta forma en interés de la economía procesal⁵¹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la SA no había entrado a considerar el segundo motivo de la apelación presentada por la Fiscalía, ¿con qué alcance se autorizaba la investigación?; ¿se limitaba la posible investigación a los estrechos márgenes fijados por la SCP II?

En este punto la SA ha advertido que la SCP II se equivocó e hizo una incorrecta interpretación del papel que debía jugar al amparo del artículo 15.4 del ER y que era necesario clarificar si la autorización debía limitarse a los incidentes recogidos en la solicitud de la Fiscal y a los vinculados estrechamente con ellos o si también podían considerarse crímenes de guerra los derivados de actos cometidos fuera del territorio de Afganistán cuando sus víctimas hubieran sido capturadas fuera de ese país⁵².

⁴⁹ ICC-02/17-34, de 7 de junio, párr. 18.

⁵⁰ ICC-02/17-138, párr. 51.

⁵¹ *Ibid.* párr. 54.

⁵² *Ibid.* 56.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas –los límites de la investigación a los incidentes señalados en la solicitud de autorización presentada por la Fiscal-, la SA ha considerado que no se puede imponer esa restricción a la investigación, ya que las posibilidades que tiene la Fiscalía para conocer todos los hechos, crímenes y responsables en el momento en el que desarrolla su examen preliminar resulta imposible e implicaría, además, excluir cualquier crimen que se cometa con posterioridad a la autorización para investigar. Como advierte la SA, la obligación del Fiscal es establecer la verdad⁵³ y para ello el artículo 54 de ER le impone una serie de obligaciones que difícilmente podrá atender si actúa con las restricciones que pretendía imponerle la SCP II. Según esa disposición y con la finalidad de establecer la veracidad de los hechos, el Fiscal ampliará su investigación a todos los hechos y pruebas pertinentes para determinar si existe responsabilidad penal de conformidad con el ER.

La SA entiende que con las limitaciones con las que la SCP pretendía autorizar la investigación se impediría al Fiscal establecer la verdad y que, teniendo en cuenta que la finalidad del artículo 15.4 es evitar que el Fiscal pueda embarcarse en investigaciones frívolas o políticamente motivadas, tal restricción resulta innecesaria⁵⁴. La salida aportada por la SCP II para superar los límites que pretendía imponer a la investigación, que consistía en que el Fiscal pidiera nuevas autorizaciones si fuera necesario, resulta impracticable, pues, resulta difícil, cuando no imposible, que el Fiscal en el desarrollo de la investigación pueda determinar si los incidentes están estrechamente vinculados con los incluidos en la solicitud o no y, por tanto, su investigación debe ser autorizada por la SCP. Además, este planteamiento supondría entorpecer constantemente la actuación del Fiscal e implicaría una vigilancia continua del alcance de la investigación que contradice el régimen jurídico que regula las funciones y facultades de cada uno de estos órganos en relación con la investigación, algo que no encuentra apoyo en el Estatuto y puede resultar perjudicial para la investigación. Por último, la SA destaca que se desconoce el alcance que la limitación tendría en la obtención de pruebas y los interrogatorios de testigos⁵⁵. En definitiva, la SA considera que la SCP II se equivocó al considerar que la investigación debería quedar limitada a los incidentes recogidos por la Fiscal en su solicitud y a aquellos que estuvieran estrechamente vinculados con ellos⁵⁶.

La segunda cuestión que la SA atendió en su sentencia está relacionada con la posible consideración de crímenes de guerra de ciertos hechos cometidos fuera del territorio de Afganistán y en los que las víctimas fueron capturadas también fuera del país.

La Fiscal facilitó información sobre violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, como torturas, tratos inhumanos, ataques a la dignidad personal, violaciones y otros actos de violencia sexual cometidos como parte de un plan o política por miembros de la policía y de la CIA en centros de detención de Afganistán y de otros Estados parte y puso de relieve que el lugar de detención de la

⁵³ *Ibid.* párrs. 59 y 60.

⁵⁴ *Ibid.* párr. 61.

⁵⁵ *Ibid.* párr. 63.

⁵⁶ *Ibid.* párr. 64.

mayoría de ellos no estaba claro, pero si existía conexión con el conflicto afgano⁵⁷ En su opinión la SCP II se equivocó al considerar que estos actos no presentaban un nexo con otros de los mencionados y puso de relieve, siguiendo al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el asunto *Kunarac*⁵⁸ y a ella misma en el caso *Ntaganda*⁵⁹, que la comisión de un crimen de guerra no implica necesariamente que el conflicto sea la causa de los crímenes, sino que basta con que la existencia del conflicto armado haya jugado un papel esencial en la decisión de cometerlo, la forma en la que se cometió y el propósito con el que se ha cometido, o que basta con que se haya actuado en apoyo o bajo el disfraz del conflicto armado para que pueda apreciarse ese vínculo estrecho. En definitiva, la SA consideró que la aproximación que la SCP II hizo al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra fue incorrecta⁶⁰.

Por todo lo expuesto, la SA enmendó la decisión de la SCP II de 12 de abril de 2019 y autorizó a la Fiscal a investigar los crímenes cometidos en el territorio de Afganistán desde el 1 de mayo de 2003 y cualquier otro que tenga conexión con el conflicto, esté suficientemente vinculado con la situación y fuera cometido en el territorio de un Estado parte desde el 1 de julio de 2002.

VI. CONCLUSIONES

Si la decisión de la SCP II, de 12 de abril de 2019 había sido considerada desafortunada, imprudente y deshonesto para con las víctimas⁶¹, la sentencia de la SA, de 5 de marzo de 2020, ha supuesto un pequeño avance en la buena dirección y, además de pronunciarse sobre el error cometido por la SCP al pretender limitar en exceso el alcance de la investigación, ha aclarado cuál es el papel que le corresponde a la SCP cuando toma una decisión autorizando, o no, la apertura de una investigación por el Fiscal de oficio. La SA ha considerado que, cuando toma su decisión al amparo del artículo 15.4 del ER, la SCP solo tiene que determinar si existe un fundamento razonable para abrir una investigación y si el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte y que para ello ha de valerse de la información que le haya facilitado el Fiscal en su solicitud y en la documentación que la acompaña. Junto a ello, la sentencia de la SA ha brindado a las víctimas de los crímenes cometidos en Afganistán la posibilidad de presentar solicitudes de participación y/o reparación y beneficiarse de los programas de asistencia que pueda poner en marcha el Fondo Fiduciario.

Ahora bien, no todo son luces en esta decisión, sino que la sentencia también proyecta sus sombras pues mantiene interrogantes sin respuesta y se ha pronunciado sobre cuestiones que no se le habían pedido y que no parecen resultar necesarias para la decisión

⁵⁷ *Ibid*, párrs. 65-67.

⁵⁸ ICTY, *Appeals Chamber, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* Judgment, 12 June 2002, IT-96-23 y IT-96-23/1-A, párrs. 58-60.

⁵⁹ ICC-01/04-02/06-1962, *Judgment on the appeal of Mr. Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, 15 June 2017, párr. 68.

⁶⁰ Sobre esta consideración, véase ICC-02/17-138, párr. 69-78.

⁶¹ ORIHUELA CALATAYUD, E., *supra* n. 3, p. 25.

tomada. Nos referimos a las dudas que suscita la posibilidad de ampliar la nómina de los factores o elementos enunciados en el art. 53.1 c) del ER y cuáles podrían ser estos, y a algunos de los pronunciamientos efectuados por la SA respecto de las situaciones en las que la Fiscalía decide no abrir una investigación después de analizar la información recibida.

Con independencia de la valoración que pueda efectuarse de la sentencia, el recurso planteado por la Fiscal debió hacer reflexionar a la SCP, pues en su decisión de 14 de noviembre de 2019⁶², la SCP III se ha basado en la solicitud y en la información facilitada por la Fiscal a la hora de decidir sobre la autorización de la apertura de la investigación de los crímenes cometidos contra los Rohingya. En ella se comprueba que, volviendo a la senda anterior, una vez acreditada la gravedad de los crímenes e identificados los intereses de las víctimas a favor del enjuiciamiento, la Sala considera que no hay razones sustanciales para entender que la investigación no redundaría en interés de la justicia. Queda por ver si la posición de la SA advirtiendo que la SCP no tiene que pronunciarse sobre el interés de la justicia es, y cómo, asumida en el futuro.

⁶² ICC-01/19-27, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar. En este caso la SCP tuvo que hacer precisiones sobre el principio de territorialidad y la competencia de la Corte pues los hechos se cometieron en el territorio de un Estado parte (Bangladesh) y otro que no lo es (Myanmar), véanse los párrs. 54-62.