

LA LLAVE DEL «INTERÉS DE LA JUSTICIA» EN EL ESTATUTO DE ROMA: SU CONTROVERTIDO EMPLEO EN EL CASO DE AFGANISTÁN

Joana LOYO CABEZUDO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INTERPRETACIÓN DEL «INTERÉS DE LA JUSTICIA» REALIZADA POR LAS SALAS DE LA CORTE EN LA SITUACIÓN DE AFGANISTÁN.—3. LAS VÍCTIMAS EN EL ESTATUTO DE ROMA: EL RECONOCIMIENTO DE UNOS INTERESES QUE TRASCIENDEN A LA JUSTICIA PENAL.—4. LA GRAVEDAD DEL CRIMEN COMETIDO POR EL PRESUNTO RESPONSABLE Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS A LA JUSTICIA PENAL EN EL ART. 53 DEL ESTATUTO DE ROMA.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Desde que surgiera el Derecho Internacional Penal (DIP) se han esgrimido argumentos de lo más variados con la finalidad de justificar la inacción judicial ante la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional. Sin embargo, tras la adopción, en 1998, del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ER), el deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal parecía comenzar a imponerse, al menos sobre el papel, ante la comisión de los crímenes de guerra, de genocidio o de lesa humanidad¹. Un trascendental acontecimiento en la evolución del DIP y en la protección de los derechos de las víctimas que impedía o, al menos, dificultaba la alegación de infundadas justificaciones como pretexto para no enjuiciar a los responsables. Y es que, tras la entrada en vigor del citado instrumento, en el año 2002, contamos con una Corte Penal Internacional (CPI o Corte) con la capacidad de actuar cuando los Estados no quieran o no puedan investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su jurisdicción².

* Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) (joana.loyo@ehu.eus).

¹ Lectura conjunta del apartado sexto del Preámbulo y los arts. 1 y 5 del ER (A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998).

² Art. 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002).

2. No obstante, el ER contiene un precepto legal que podría permitir a la Corte no iniciar los correspondientes procesos penales, a pesar de la gravedad de los crímenes cometidos e, incluso, cuando los Estados permanezcan inactivos o no tengan ni la voluntad ni la capacidad para depurar las responsabilidades penales: nos referimos, efectivamente, al empleo del impreciso «interés de la justicia» previsto en el art. 53 ER³. En virtud de dicho artículo, el fiscal debe decidir si inicia o no una investigación o un enjuiciamiento. Para ello, a la hora llevar a cabo esta evaluación en el estadio previo a la investigación debe examinar si «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia»⁴. Por el contrario, tras la investigación, los aspectos que le pueden llevar a considerar que «no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento» son, entre otros, que «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen»⁵.

3. A primera vista cabe apreciar que estos elementos, si bien no forman parte de una enumeración taxativa⁶, parecen hallarse relacionados con aspectos típicos de todo proceso penal. Sin embargo, más allá de estas escuetas referencias, el ER no prevé qué debe entenderse por el «interés de la justicia»⁷, y debido a que en los primeros años de funcionamiento de la Corte este precepto había pasado inadvertido, tampoco tuvimos la ocasión de valorar su posible aplicación práctica⁸ hasta que, finalmente, fue alegado en la situación de Afganistán⁹.

³ El significado del concepto no se precisó durante el proceso de adopción del ER (HUMAN RIGHTS WATCH, «The Meaning of “the interest of Justice” in Article 53 of the Rome Statute», 1 de junio de 2005, p. 2). Para profundizar en los debates que se generaron en el proceso de elaboración del ER véase VARAKI, M., «Revisiting the “Interests of Justice” Policy Paper», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 15, 2017, pp. 455-470, esp. p. 458.

⁴ Art. 53.1.c) ER.

⁵ Art. 53.2.c) ER. La enumeración de factores que se realiza en este apartado es mayor ya que nos hallamos en una etapa procesal en la que se han individualizado a los presuntos responsables y, en consecuencia, se pueden valorar los aspectos relacionados con sus circunstancias particulares [BERGSMO, M. y BEKOU, O., «Article 53», en AMBOS, K. y TRIFFTERER, O. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Múnich-Oxford-Baden-Baden, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 1373-1375].

⁶ ICC-OTP, *Policy Paper on the Interest of Justice*, septiembre de 2007, p. 1.

⁷ Pese a la discrecionalidad que rodea al concepto, ello no implica que su evaluación pueda ser arbitraria y sin control alguno (ORIHUELA CALATAYUD, E., «La autorización para investigar los crímenes cometidos en Afganistán. Luces y sombras de la Sentencia, de 5 de marzo de 2020, de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2020, núm. 39, p. 9).

⁸ Durante los primeros años de actividad de la CPI, ni el fiscal ni las Salas procedieron a analizar la aplicación del interés de la justicia en los casos concretos, sino que se limitaron a expresarse en términos genéricos indicando que «no existen razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia», un hecho que ha contribuido a aumentar las especulaciones en torno a la interpretación de este precepto. Para comprobar estos extremos puede acudir a los siguientes documentos: en el caso de Georgia véase: *The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary*

(Véase nota 9 en página siguiente)

4. Con la finalidad de contextualizar el caso conviene precisar que, el 30 de octubre de 2017, la Oficina de la Fiscalía (OTP) anunció que iba a solicitar la pertinente autorización para iniciar una investigación relacionada con los hechos ocurridos en el Estado afgano¹⁰ ya que, a lo largo del examen preliminar, no había apreciado razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia¹¹. Por ello, en el escrito en el que solicitaba autorización para proceder con la investigación, tras referirse, entre otros, a la gravedad de los crímenes cometidos, al largo periodo temporal durante el que se habían perpetrado y a la escasa posibilidad de que se iniciaran procesos a escala interna, concluía que «*all weigh heavily in favour of an investigation*»¹². Asimismo, procedió a realizar un exhaustivo análisis de los intereses de las víctimas en el que concluía que estas habían mostrado su apoyo al inicio de las investigaciones y enjuiciamientos¹³.

5. Sin embargo, el 12 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP II) adoptaba una decisión en la que, contra todo pronóstico —y

Examination Activities 2015, 12 de noviembre de 2015, p. 59, y *Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation*. ICC-01/15-12, 27 de enero de 2016, pp. 23-24; para analizar el caso de Burundi acúdase a: *Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of «Request for authorization of an investigation pursuant to article 15»*, 6 de septiembre de 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 de noviembre de 2017, pp. 84-85; *Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi»*, ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 de octubre de 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 de noviembre de 2017, pp. 91-92; por lo que respecta a Mali consúltese: *The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013*, noviembre de 2013, p. 52; en el caso de Kenia acúdase a: *Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorization of an investigation pursuant to Article 15*. ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009, p. 22, punto 61; *Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, pp. 27-28, punto 63; en el caso de Uganda puede consultarse: *Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Otl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Prosecution's Observations regarding the Admissibility of the Case against Joseph Kony, Vincent Otl, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*. ICC-02/04-01/05-352-AnxD, 18 de noviembre de 2008; si se desea profundizar en el ejemplo que nos proporciona el caso de Costa de Marfil acúdase a: *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorization of an investigation pursuant to article 15*. ICC-02/11-3, 23 de junio de 2011, pp. 21-22; *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Corrigendum to «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»*. ICC-02/11-14-Corr, 15 de noviembre de 2011, p. 84; en los casos de la República Centroafricana I y II véase: ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic, The Hague*, 22 de mayo de 2007, ICC-OTP-BN-20070522-220-A_EN; *The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014*, 2 de diciembre de 2014, p. 50; ICC-CPI, *Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report*, 24 de septiembre de 2014, puntos 265-266; finalmente, en el caso de Libia acúdase a: *First report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN security Council pursuant to UNSCR 1970* (2011), 4 de mayo de 2011, punto 21.

⁹ El Estado se hallaba bajo examen preliminar desde el año 2006 (*Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of «Request for authorization of an investigation pursuant to article 15»*, 20 de noviembre de 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 22).

¹⁰ *Ibid.* El documento se hizo público el 20 de noviembre de ese mismo año.

¹¹ OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2016*, 14 noviembre de 2016, p. 50; OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, 4 de diciembre de 2017, p. 60.

¹² ICC-02/17-7-Conf-Exp, *op. cit.*, nota 9, punto 364.

¹³ *Ibid.*, punto 365.

tras corroborar que se cumplían los requisitos de jurisdicción, complementariedad y gravedad—, rechazaba la autorización en base al «interés de la justicia»¹⁴. Los elementos que se tomaron en consideración se distanciaban de los criterios esgrimidos por la Fiscalía y, por ello, y con el objetivo de justificar este radical cambio interpretativo¹⁵, la SCP II recordó que el texto del ER no especificaba qué debía de entenderse por tal. Con este planteamiento en mente, acudió a los objetivos previstos en el Estatuto para esclarecer su significado¹⁶ y enumeró las tres finalidades que, consideró, debía perseguir el ER: el efectivo enjuiciamiento de los crímenes, su prevención y la erradicación de la impunidad¹⁷. Así, estos objetivos le llevaron a argumentar que una investigación solo redundaría en interés de la justicia si esta pudiera desarrollarse de manera efectiva y que diera lugar a los oportunos enjuiciamientos en un tiempo, además, razonable¹⁸. En consecuencia, concluyó que si una investigación estuviera condenada al fracaso, esta no redundaría en interés de la justicia¹⁹.

6. A nuestro juicio, las conclusiones alcanzadas por la SCP II parten de dos incorrecciones fundamentales: en primer lugar, es cierto que uno de los objetivos fundamentales de la CPI consiste en poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales²⁰ pero, para lograr esta finalidad, no es suficiente con investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales, sino que deben tenerse en cuenta también los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación con el propósito de garantizar la no repetición de las atrocidades²¹. Y, en segundo lugar, la SCP II no otorgó valor alguno a los principales criterios previstos en el Estatuto a la hora de interpretar el concepto, es decir, la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas.

¹⁴ *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, 12 de abril de 2019.

¹⁵ La Decisión de la Sala ha sido definida como «ultra vires», ORIHUELA CALATAYUD, E., «When are there substantial reasons to believe that an investigation of core crimes would not serve the interests of justice?», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 23, 2019, pp. 9-30, esp. p. 26. Véase también: POLTRONIERI ROSSETTI, L., «The Pre-Trial Chamber's Afghanistan Decision A Step Too Far in the Judicial Review of Prosecutorial Discretion?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 17, Issue 3, 2019, pp. 585-608.

¹⁶ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 89.

¹⁷ *Ibid.*, punto 89.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ En el año 2016, la OTP publicó un documento de política general sobre la estrategia de selección de casos y de priorización en el que también mencionaba la realización de investigaciones efectivas (e, incluso, se valoraba la cooperación del Estado) como criterio a tomar en consideración a la hora de seleccionar los casos a investigar (OTP, *Policy paper on case selection and prioritization*, 15 de septiembre de 2016, puntos 50-55).

²⁰ Preámbulo del ER. Los objetivos que subyacen en el ER ya habían sido analizados previamente por la OTP para esclarecer el concepto del interés de la justicia. Por ejemplo, en el año 2007 se insistió en la prevención de los crímenes y en la necesidad de garantizar la justicia internacional (ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6).

²¹ Léase la definición de impunidad que se proporciona en el Principio I. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

7. A pesar de que la Sala de Apelaciones (SA) enmendó la polémica Decisión²², esta no se pronunció, tal y como comprobaremos, sobre la concreta interpretación que se le debería de otorgar a la noción del «interés de la justicia». Por esta razón, en el presente trabajo trataremos de concretar su significado atendiendo a los dos puntos claves arriba enumerados. Así, tras analizar la Decisión de la SCP II y los pronunciamientos de la SA en la situación de Afganistán, nos centraremos en la posible interpretación del precepto atendiendo a los polifacéticos «intereses de las víctimas» y tomando en consideración la «gravedad de los crímenes cometidos» por los presuntos responsables.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL «INTERÉS DE LA JUSTICIA» REALIZADA POR LAS SALAS DE LA CORTE EN LA SITUACIÓN DE AFGANISTÁN

8. Si atendemos a las múltiples ocasiones en las que se menciona el concepto del interés de la justicia en la normativa que regula el funcionamiento de la CPI²³, podríamos llegar a deducir que el «interés de la justicia» se halla vinculado con aquellos factores que se consideran propios de una correcta administración de justicia²⁴ (una interpretación que, además, seguiría la línea marcada por un conjunto de instrumentos internacionales que también recogen esta noción)²⁵. No obstante, reducir la correcta administración de

²² *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgement on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-138*, 5 de marzo de 2020.

²³ A pesar de que el «interés de la justicia» se suele relacionar exclusivamente con el art. 53ER, este no es el único precepto que alude a este término. En efecto, en el propio texto del Estatuto podemos encontrar referencias al «interés de la justicia» en el art. 55 que regula los «derechos de las personas durante la investigación», el art. 61 relativo a la «confirmación de cargos antes del juicio», el art. 65 sobre el «procedimiento en caso de declaración de culpabilidad» y, finalmente, el art. 67 que versa sobre los «derechos del acusado». Como cabe apreciar, el contexto en el que se menciona el «interés de la justicia» se halla relacionado con aspectos de orden procesal penal. Precisamente, a propósito del proceso penal, en las Reglas de procedimiento y prueba de la CPI encontramos otras cuatro menciones a este concepto y, de nuevo, ligadas única y exclusivamente al proceso (véanse Regla 69, Regla 82, Regla 100 y, finalmente, la Regla 165). Asimismo, las referencias a esta noción en el Reglamento de la Corte van en la misma dirección: es decir, ligadas a cuestiones de procedimiento (así, podemos citar la Norma 21, Norma 29, Norma 54, Norma 60, Norma 66, Norma 73, Norma 76, Norma 80 y, finalmente, la Norma 81). Si acudimos a las Reglas de la Oficina de la Fiscalía, nos encontramos con el empleo del reiterado concepto en términos prácticamente idénticos (este sería el caso de la Regla 29, de la Regla 31 y, finalmente, la Regla 33), mismo significado que se deduce también de los arts. 12 y 39 del «*Code of professional conduct for counsel*» (Resolution ICC-ASP/4/Res.1, adopted at the 3rd plenary meeting on 2 December 2005).

²⁴ Es más, conviene tener presente que si bien la versión inglesa, la francesa y la española son idénticas, la adaptación rusa, según se ha argumentado, es algo más restringida ya que podría traducirse como «administración de justicia», STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 355. Para un análisis de las diversas traducciones del artículo puede acudirse a: DE SOUEZA DIAS, T., «“Interests 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. 735-738.

²⁵ La relación entre el interés de la justicia y la administración de la justicia es común en un considerable número de instrumentos internacionales. De hecho, tanto el Pacto Internacional de Derechos

justicia al logro de la «efectividad» de las investigaciones, tal y como parece hacer la SCP II, provoca una interpretación un tanto inconsistente con el propio ER. De hecho, conviene recordar que la obligación de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales es una obligación de comportamiento y no de resultado²⁶ y, por ende, exigir siempre y en todo momento una valoración previa acerca de la viabilidad de las investigaciones no solo contradice el Derecho internacional sino que, como advirtió la Fiscalía, podría «fomentar obstrucciones que busquen disuadir la intervención de la CPI»²⁷, razón por la cual descarta su empleo²⁸. Es más, como veremos a continuación, los factores enumerados por la SCP II susceptibles de determinar la efectividad de las investigaciones y los enjuiciamientos ante la CPI²⁹ podrían vulnerar el propio ER.

9. Por una parte, la SCP II muestra ciertas dudas en torno a la voluntad de las autoridades afganas para cooperar en el hipotético caso de que se iniciara el proceso ante la Corte³⁰. Al margen de la escasa fundamentación jurídica empleada —ya que se basa en meras «suposiciones»—³¹ y de ignorar los preceptos legales que, precisamente, obligan a los Estados a cooperar con la Corte³², resulta oportuno señalar que, en la situación de Kenia, la Sala que conoció del asunto se pronunció en términos mucho más acertados cuando

Civiles y Políticos [arts. 14.1 y 14.3.d)], como el Convenio Europeo de Derechos Humanos [art. 6.1 y 6.3.c)] y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.5) emplean esta expresión al regular el proceso judicial (concretamente en los puntos relativos a la publicidad y los derechos de los acusados). Es más, en la Observación General núm. 32 del Comité de Derechos Humanos se equipara el «interés de la justicia» con el «interés de la debida administración de justicia» [párr. 36 de la Observación General núm. 32, 90.º periodo de sesiones (2007) del Comité de Derechos Humanos: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia]. Por otra parte, los Estatutos de los tribunales internacionales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (art. 28) y para Ruanda (art. 27), así como el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 23), también incorporan esta noción en los preceptos que regulan el indulto y la conmutación de la pena y, en este último caso, también encontramos otra referencia al reiterado concepto en el precepto que enumera los derechos del acusado (art. 17). Finalmente, las Salas Especiales de Camboya recogen este término en dos ocasiones: al regular el proceso ante las Salas y al hacer referencia a la publicidad que debe caracterizar al mismo (arts. 12 y 34 respectivamente). Por tanto, la conclusión a primera vista parece obvia: son numerosas las referencias a la expresión «interés de la justicia» que podemos encontrar y en todas ellas parece emplearse en aquellas disposiciones que regulan aspectos procedimentales.

²⁶ A modo de ejemplo, ya que son numerosos los pronunciamientos en esta dirección, puede consultarse: Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, punto 5; *Amicus Curiae Observations by Kate Mackintosh and Göran Sluiter*, ICC-02/17-117 15-11-2019, punto 30.

²⁷ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre 2013, pp. 18-19.

²⁸ OTP, Strategic Plan 2019-2021, 17 de julio de 2019, p. 18.

²⁹ Véase ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 91.

³⁰ *Ibid.*, punto 94.

³¹ A juicio de la OTP, la conclusión de la SCP II es «unreasonable, and could not have been reached by any reasonable chamber» (*Situation in the Republic of Afghanistan. Prosecution appeal brief*. ICC-02/17-74, 30 de septiembre de 2019, punto 124).

³² *Ibid.*, punto 126. Véase la Parte IX del ER que lleva por título «De la cooperación internacional y la asistencia judicial». Es más, este tipo de argumentos podrían animar a los Estados a no cooperar con la Corte, dando lugar a una peligrosa interferencia política en el seno de la actividad judicial que no debería tolerarse (*Corrigendum of Victims' Joint Appeal Brief against the «Decision Pursuant to Article 15*

argumentó que la ausencia de cooperación no debía interpretarse como un factor que implicara que una investigación no redundaría en interés de la justicia, sino que era una circunstancia objetiva independiente de este concepto³³.

10. Por otra parte, la SCP II alegó la limitación de los medios de los que dispone la Corte como otro factor que se halla relacionado con el interés de la justicia³⁴. De hecho, tras recordar que llevar a cabo una investigación requiere un número considerable de recursos³⁵, argumenta que en el caso de que se autorizara el inicio de una investigación habría que proceder a una reasignación de los mismos, lo que, lógicamente, iría en detrimento de otros escenarios en los que podría ser más realista esperar la apertura de los juicios³⁶. A pesar de que la escasez de los recursos es una realidad en el seno de la Corte³⁷, como acertadamente se ha señalado, nos hallamos ante una competencia que no pertenece a la SCP II y, por ello, su actuación merece la calificación de «ultra vires»³⁸.

11. Finalmente, la SCP II vincula el interés de la justicia con el factor tiempo. Concretamente, tras precisar que el examen preliminar se inició en el año 2006³⁹ añade que este periodo de tiempo ha sido particularmente largo⁴⁰. Asimismo, argumenta que la Fiscalía no solicitó ni la preservación de las pruebas ni tomó las pertinentes medidas para proteger a los testigos⁴¹. Por todo ello, acaba concluyendo que «*the very availability of evidence for crimes for dating back so long in time is also far from being likely*»⁴². Si bien es innegable que el paso del tiempo puede llegar a afectar a las pruebas disponibles⁴³, cabe recordar que la imprescriptibilidad es una característica inherente a los crímenes internacionales⁴⁴ que se prevé, incluso, en el propio ER⁴⁵. Este ras-

of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan» 30 de septiembre de 2019, ICC-02/17-75-Corr, 1 de octubre de 2019, punto 84).

³³ *Situation in The Republic of Kenya. Decision on the «Victims' request for review of Prosecution's decision to cease active investigation»*, ICC-01/09-159, 5 de noviembre de 2015, punto 25.

³⁴ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 95.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* Ahora bien, la Fiscalía, previamente, ya había vinculado los recursos disponibles con la gravedad de la situación a la hora de interpretar el art. 53.1 ER [*Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Final decision of the Prosecution concerning the «Article 53(1) Report» (ICC-01/13-6-AnxA), dated, 6 de noviembre de 2014, with Public Annexes A-C, E-G and Confidential Annex D. ICC-01/13-57-Anx1, 29 de noviembre de 2017, pp. 15-16*].

³⁷ ICC-OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, septiembre de 2003, p. 3.

³⁸ ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 142.

³⁹ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 44.

⁴⁰ *Ibid.*, punto 92.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Véanse las interesantes apreciaciones que sobre las pruebas disponibles se realizan en *Public with Public Annex 1 Corrigendum of Updated Victims' Appeal Brief, ICC-02/17-73-Corr*, 2 de octubre de 2019, punto 136, y que demuestran que las pruebas pueden estar disponibles durante décadas (*ibid.*, punto 138).

⁴⁴ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968. Es más, las características de los crímenes internacionales hacen que sea necesario su enjuiciamiento por mucho que pase el tiempo (*Observations by Queen's University*

(Véase nota 45 en página siguiente)

go distintivo de este tipo de ilícitos⁴⁶ provoca que denegar el inicio mismo de una investigación por el largo periodo transcurrido desde que se cometieron los crímenes contradiga el Derecho internacional⁴⁷.

12. La suma de estos argumentos le llevan a la SCP II a concluir que las circunstancias en el presente caso hacen que sean limitadas las expectativas para lograr investigaciones y enjuiciamientos satisfactorios⁴⁸. Si bien en opinión de uno de los jueces de la CPI, la Decisión por la que se rechazó la autorización para iniciar la investigación en Afganistán es beneficiosa para la justicia internacional penal⁴⁹, mostramos nuestra más absoluta conformidad con quienes, en el extremo contrario, consideraron que «*if the credibility of the Court was in doubt before it, and if the future of the Court was uncertain, now is possible that the Pre-Trial Chamber has facilitated its own demise*»⁵⁰. Por esta razón, no podemos sino dar la bienvenida a la Sentencia dictada, el 5 de marzo de 2020, por la Sala de Apelaciones (SA) que enmienda la Decisión de la SCP II y autoriza el inicio de la investigación en Afganistán⁵¹. Una sentencia que, como ha declarado la fiscal, permite que las víctimas estén un paso más cerca de obtener la justicia que merecen⁵².

13. No obstante, y pese a la trascendencia de esta sentencia, su aportación a la hora de esclarecer el significado del «interés de la justicia»⁵³ resulta un tanto decepcionante⁵⁴. Y es que, la SA fundamenta su decisión en que la SCP II no debería de haber revisado el análisis llevado a cabo por la Fiscalía

Belfast Human Rights Centre as amicus curiae on the appeal of Pre-Trial Chamber II's «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan», 12 de abril de 2019, ICC-02/17-115, 15 de noviembre de 2019, punto 6).

⁴⁵ Art. 29 ER.

⁴⁶ Incluso se ha calificado como «una fortaleza singular de la Corte» (ICC-ASP, Informe de la Corte sobre la complementariedad: conclusión de las actividades de la Corte en un país de situación, ICC-ASP/12/32, p. 3).

⁴⁷ ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 113.

⁴⁸ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 96.

⁴⁹ *Concurring and separate opinion of Judge Antoine Kesia-mbe Mindua to the «Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, 12 de abril de 2019», ICC-02/17-33-Anx-Corr., 31 de mayo de 2019, punto 53.

⁵⁰ ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 15, p. 30. En una línea similar: ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 167; POLTRONIERI ROSSETTI, L., *op. cit.*, nota 15, p. 608.

⁵¹ ICC-02/17-138, *op. cit.*, nota 22.

⁵² *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, following the Appeals Chamber's decision authorising an investigation into the Situation in Afghanistan: «Today is an important day for the cause of international criminal justice»*, 5 de marzo de 2020, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200305-otp-statement-afghanistan> (todas las páginas web citadas en el presente trabajo han sido consultadas por última vez el 20 de julio de 2020).

⁵³ El recurso planteado por la OTP (ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31) se basaba en dos fundamentos principales: en primer lugar, que la SCPII cometió un error de derecho a la hora de llevar a cabo una determinación positiva del «interés de la justicia» y, en segundo lugar o alternativamente, que la SCP abusó de su discrecionalidad a la hora de interpretar el interés de la justicia (ICC-02/17-138, 5, *op. cit.*, nota 22, punto 6).

⁵⁴ Razón por la cual se ha defendido que «no todo son luces en esta decisión, sino que la sentencia también proyecta sus sombras pues mantiene interrogantes sin respuesta» (ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 7, p. 18).

en base a los factores previstos en el art. 53.1 ER⁵⁵. Es decir, la SCP II debería de haberse limitado a valorar «*whether there is a reasonable factual basis for the Prosecutor to proceed with an investigation, in the sense of whether crimes have been committed, and whether the potential case(s) arising from such investigation would appear to fall within the Court's jurisdiction*»⁵⁶. Por ello, la concreta interpretación otorgada al concepto del «interés de la justicia» queda en un segundo plano⁵⁷ ya que simplemente señala que:

«*First, the Appeal Chamber underlines that article 53(1) of the Statute is formulated in the negative [...]. Second, the Appeal Chamber notes that the Pre-Trial Chamber's reasoning in support of its conclusion regarding the "interests of justice" was cursory, speculative and did not refer to information capable of supporting it. Third, there is no indication that the Pre-Trial Chamber considered the gravity of the crimes and the interests of victims as articulated by the victims themselves in conducting this assessment. In these circumstances, the Appeals Chamber is of the view that Pre-Trial Chamber did not properly assess the interests of justice*»⁵⁸.

14. A pesar de que esta sentencia corrobora que la interpretación del «interés de la justicia» llevada a cabo por la SCP II no era acertada, lo cierto es que, como cabe apreciar, la SA tampoco contribuye a esclarecer su significado. Por ello, resulta inevitable preguntarse qué implica, en definitiva, este concepto o cuáles son los factores que han de ser tomados en consideración a la hora de interpretarlo⁵⁹. Ante la ambigüedad que sigue rodeando a esta noción, la única certeza que podemos extraer es que la SCP II, lejos de valorar los elementos que expresamente se mencionan en el ER, es decir, el interés de las víctimas y la gravedad de los crímenes —a los que se presta escasa atención⁶⁰, lo que, consecuentemente, afectó a las conclusiones finales alcanzadas⁶¹—, se basó en unos criterios que no encuentran una plasmación directa en el Estatuto. Por ello, en los puntos que siguen a continuación, trataremos de aproximarnos a esta cláusula desde la perspectiva que nos ofrecen, precisamente, estos dos criterios fundamentales.

3. LAS VÍCTIMAS EN EL ESTATUTO DE ROMA: EL RECONOCIMIENTO DE UNOS INTERESES QUE TRASCIENDEN A LA JUSTICIA PENAL

15. En los primeros años de funcionamiento de la Corte los pronunciamientos en torno al «interés de la justicia» fueron ínfimos. No obstante, una

⁵⁵ ICC-02/17-138, 5, *op. cit.*, nota 22, punto 1.

⁵⁶ *Ibid.*, punto 46. Dado que dicho análisis excede el objeto de estudio del presente trabajo, remitimos al interesado a: ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 7, pp. 1-19.

⁵⁷ Sin embargo, analiza algunos de los puntos esgrimidos por la Fiscalía al considerar que son relevantes para determinar el alcance de la investigación: por una parte, examina si la autorización debería limitarse a los incidentes mencionados en la solicitud de la fiscal y, por otra parte, se pronuncia en torno a los crímenes cometidos fuera del territorio de Afganistán (ICC-02/17-138, *op. cit.*, nota 22, puntos 51-78).

⁵⁸ *Ibid.*, punto 49.

⁵⁹ ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 7, p. 16.

⁶⁰ ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 150.

⁶¹ *Ibid.*, punto 156.

conclusión parecía evidente: estos se habían vinculado con los «intereses de las víctimas», recabando, para ello, las opiniones de las personas afectadas, de las comunidades con las que conviven y de la sociedad en general para dilucidar si deseaban que se iniciaran o no los correspondientes procesos ante la Corte⁶². Incluso con posterioridad a la Decisión de la SCP II se ha vuelto a relacionar el interés de la justicia con estos extremos⁶³. Sin embargo, en la situación en Afganistán no se tomaron en consideración los «intereses de las víctimas»⁶⁴ que, precisamente, reclamaban la intervención de la Corte⁶⁵. De hecho, la SCP II les dedicó apenas un breve párrafo en el que argumentó que:

«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»⁶⁶.

⁶² A modo de ejemplo consúltese: *Situation in Georgia: Corrected Version of «Request for authorization of an investigation pursuant to article 15»*, 16 de octubre de 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 de noviembre de 2015, pp. 12-13, punto 339; ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, *op. cit.*, nota 8, pp. 84-85, punto 198; ICC, Pre-Trial Chamber I. *Situation in Darfur, Sudan. Decision on Application under Rule 103*, ICC-02/05-185, 4 de febrero de 2009, punto II. Otro aspecto llamativo es que el fiscal, en los informes bianuales que remite al Consejo de Seguridad, analiza tanto «los intereses de las víctimas» como los propios «intereses de la justicia» e incluso en alguna ocasión analiza conjuntamente los intereses de la justicia, los intereses de las víctimas y las iniciativas de divulgación [*Eight Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005)*. Report: 3 de diciembre de 2008, p. 14]. La razón por la que no solo se consulta a las víctimas, sino también a otras partes como pueden ser, por ejemplo, los líderes de la comunidad, la sociedad en general o ciertas organizaciones se detallan en ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, pp. 5-6, idea que se ha reiterado también en OTP, *op. cit.*, nota 19, p. 12; ICC-OTP, *op. cit.*, nota 27, punto 68.

⁶³ *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, 14 de noviembre de 2019, pp. 18-19. Es interesante señalar que, en un primer momento, la Sala analiza las demandas formuladas por las representaciones de las víctimas, dentro de las cuales incluye un apartado específico en torno al interés de la justicia en el que muestra el deseo de estas de que la Corte inicie el proceso (*ibid.*, pp. 10-19). Posteriormente, dentro el apartado correspondiente a la admisibilidad vuelve a pronunciarse sobre el interés de la justicia y concluye que no hay razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia, máxime cuando esta es también la demanda de las víctimas (*ibid.*, p. 52).

⁶⁴ A juicio de Amnistía Internacional, nos hallamos ante una seria omisión que es inconsistente con el ER y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*Amicus curiae observations submitted pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, Amnesty International ICC-02/17-112*, 15 de octubre de 2019, punto 9).

⁶⁵ En la propia Decisión de la Sala se recoge que de las 699 observaciones que se enviaron por parte de las personas afectadas, 680 eran favorables al inicio de la investigación ante la Corte (ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 87).

⁶⁶ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 96.

16. Como cabe apreciar, la SCP II, al hacer referencia exclusivamente a la «participación» en el proceso, no otorgó relevancia alguna a la posición más amplia que ostentan las víctimas en el ER⁶⁷. Y es que no solo se ignora su demanda a favor de la justicia internacional⁶⁸, sino que, tal y como se ha recordado, tampoco toma en consideración el resto de derechos de los que son titulares, cuyo reconocimiento se consideraba «una piedra angular del sistema del Estatuto de Roma»⁶⁹. En efecto, en virtud del Derecho internacional, las víctimas, además del derecho a la justicia, tienen derecho a la verdad, a la reparación y a que se adopten las garantías de no repetición que sean necesarias para que no se vuelvan a cometer crímenes internacionales⁷⁰, unos derechos que, en mayor o menor medida, también encuentran su plasmación en el ER⁷¹. Por ello, sus intereses se pueden satisfacer no solo con la condena del responsable, sino con el reconocimiento de que los crímenes ocurrieron y que sus demandas importan⁷². En consecuencia, teniendo presente que el

⁶⁷ El ER, además de garantizar, en ciertas partes del proceso y con ciertos límites, el derecho de las víctimas a la participación y a su protección (art. 68 ER), prevé el otorgamiento de reparaciones (art. 75 ER). Es más, en el seno de la Corte existen ciertos órganos cuya función consiste en atender a las demandas de las víctimas como, por ejemplo, el Fondo Fiduciario para las víctimas (art. 79 ER).

⁶⁸ Por ello, se ha argumentado que esta Decisión niega el derecho a la justicia de las víctimas (ICC-02/17-7-Conf-Exp, *op. cit.*, nota 9, punto 365). Es más, algunos extienden esta vulneración al art. 21.3 ER (ICC-02/17-117, 15 de noviembre de 2019, *op. cit.*, nota 26, puntos 34-35). Y es que, teniendo en cuenta los múltiples derechos de los que son titulares las víctimas se ha defendido que, a la hora de interpretar el concepto del interés de la justicia, y recordando el art. 21.3 ER, hay que tomar en consideración todos ellos (ICC-02/17-112, 15 de noviembre de 2019, *op. cit.*, nota 64, punto 9). Por esta razón, se concluye que la Decisión de la SCP podría dar lugar a una vulneración de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*ibid.*, punto 15). En un sentido similar: ICC-02/17-75-Corr, *op. cit.*, nota 32, punto 73.

⁶⁹ Resolución ICC-ASP/15/Res.5, adoptada por consenso en la undécima sesión plenaria, el 26 de noviembre de 2016: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, p. 38.

⁷⁰ Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147); E/CN.4/2005/102/Add.1, *op. cit.*, nota 21; profundícese en los derechos que el ordenamiento jurídico internacional reconoce a las víctimas en BASSIOUNI, M. C., «International recognition of victims' rights», *Human Rights Law Review*, vol. 6, Issue 2, 2006, pp. 203-279.

⁷¹ Como ha explicado la fiscal, los intereses de las víctimas no se limitan a ver cómo los responsables son enjuiciados y sancionados, sino que también se refieren a la prevención de futuros crímenes y al establecimiento de la verdad (ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 161). Estos objetivos pueden lograrse incluso aunque no se lleguen a dilucidar las correspondientes responsabilidades penales (*ibid.*), y es que, en muchas ocasiones, lo importante es el proceso (*ibid.*, punto 162). Es más, la apertura de la investigación ante la Corte acarrea importantes consecuencias para obtener una reparación en virtud del Fondo Fiduciario (*ibid.*, punto 163). Es cierto que no se debe iniciar un proceso solamente con este objetivo en mente, pero ello no implica desconocer la importancia de estas reparaciones cuando no se puede lograr el castigo del responsable (*ibid.*). Y es que, las reparaciones previstas en el art. 75 ER únicamente proceden en el caso de que se hayan dilucidado las correspondientes responsabilidades penales [*Judgment on the appeals against the «Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations» of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*, ICC-01/04-01/06-3129, 3 de marzo de 2015, punto 65; *Order for reparations*. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, 3 de marzo de 2015, puntos 20-21].

⁷² ICC-02/17-75-Corr 1 de octubre de 2019, *op. cit.*, nota 32, punto 76.

«interés de la justicia» es más amplio que la justicia penal⁷³ y que la justicia retributiva es solo uno de los intereses que pueden tener las víctimas⁷⁴, cabe concluir que la Decisión de la SCP II negó por completo las demandas restaurativas de las víctimas⁷⁵ y no prestó atención a uno de los objetivos fundamentales que debería guiar su actuación: la prevención de los crímenes internacionales⁷⁶.

17. Sin embargo, más allá de las críticas que estas notables omisiones pudieran generar, y con el objetivo de dotar de significado a la cláusula del interés de la justicia, resulta necesario preguntarse cuándo una investigación no redundaría en interés de las víctimas. Y es que el precepto que aquí analizamos plantea un importante dilema: podría darse el caso de que el crimen cometido fuera extremadamente grave, que las víctimas desearan férreamente el inicio del proceso ante la Corte con el objetivo de hacer efectivos sus derechos y, sin embargo, que la investigación no redundara en «interés de la justicia». Pues bien, se ha defendido que existe un escenario que podría provocar esta situación: en el caso de que el inicio del proceso afectara a la seguridad, a la protección o a la propia integridad de las víctimas⁷⁷. De hecho, incluso la propia OTP ha precisado que el interés de las víctimas no se limita a que se imparta justicia, sino que también incluye otros intereses esenciales como su protección⁷⁸. Por ello, a pesar de que el enjuiciamiento de los crímenes responda a sus expectativas, si, al mismo tiempo, pudieran llegar a perjudicarse otros intereses de los que también son titulares, determinados expertos consideran que los procesos penales ante la Corte deberían de paralizarse⁷⁹ ya que «*inability to provide adequate protection to prosecution*

⁷³ ICC-02/17-33-Anx-Corr., *op. cit.*, nota 49, punto 38.

⁷⁴ ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 15, pp. 15-16.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 29. Véanse también las apreciaciones que sobre esta cuestión se realizan en ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, puntos 160-164. La función restaurativa de la Corte se reconoce, entre otros, en ICC-OTP, *ICC President tells World Parliamentary Conference «ICC brings retributive and restorative justice together with the prevention of future crimes»*, 11 de diciembre de 2012, ICC-CPI-20121211-PR860, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr860>; ICC - OTP, *Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji*, ICC-01/09-02/11-863-Anx-Corr, 27 de noviembre de 2013.

⁷⁶ Precisamente, en ocasiones, las víctimas han subrayado la importancia de la prevención de futuros crímenes: *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, 14 de noviembre de 2019, punto 38. Una vinculación entre la prevención de los crímenes internacionales y el interés de la justicia que ya se realizaba en ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 4.

⁷⁷ A nuestro juicio, esta interpretación debería de ser matizada. Y es que, en efecto, el art. 68 ER regula la «protección de las víctimas y testigos», cuyo apdo. 5 establece que en el caso de que la divulgación de las pruebas o información pudiera suponer un peligro para un testigo o su familia, el fiscal podría no presentar dichas pruebas, siempre y cuando ese actuar no fuera incompatible con el desarrollo de un juicio justo o imparcial. Por ello, si, por ejemplo, la no presentación de dichas pruebas o información, con el objetivo de proteger a las víctimas, fuera incompatible con un juicio justo, imparcial, o redundara en perjuicio de los derechos de los acusados, podríamos interpretar que una investigación «no redundaría en interés de la justicia».

⁷⁸ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 5.

⁷⁹ ZAKERHOSSEIN, M. H., *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2017, pp. 344-345.

*witnesses may, in certain contexts, compromise the ability of the Court to fulfil its mandate»*⁸⁰.

18. Ahora bien, llegados a este punto podría ser oportuno recordar los ámbitos en los que se perpetran los crímenes internacionales de los que conoce la CPI: conflictos armados, dictaduras, en definitiva, escenarios de grave inestabilidad política en los que las investigaciones se desarrollarán en circunstancias inseguras⁸¹. En contextos como los mencionados no sería infrecuente encontrarnos con una situación en la que la Corte no tuviera los medios para proteger a las víctimas o, incluso, a los testigos⁸² y, por ello, no cabe duda alguna de que la seguridad es un aspecto a tomar en consideración⁸³. Sin embargo, no por hallarnos ante un escenario como los enumerados debemos concluir, automáticamente, que la CPI no será capaz de garantizar protección alguna, sino que será necesaria una valoración minuciosa que pondere todos los intereses concurrentes. Es más, quisiéramos precisar que, al considerar estos escenarios, no estamos defendiendo, como suele ser habitual en cierto sector doctrinal, que el art. 53 ER sea la vía de entrada de las decisiones con un claro componente político en la actividad de los órganos que componen la CPI⁸⁴ y, en consecuencia, que en el hipotético caso de que las partes se hallen negociando o implementando un acuerdo de paz⁸⁵ o, simplemente, nos encontrásemos ante un escenario de cierta inestabilidad política⁸⁶, se pudiera argumentar que una investigación en el seno de la CPI no redundaría en interés de la justicia⁸⁷.

19. A pesar de que ha sido ingente la atención que ha prestado la doctrina a estas circunstancias, estas reflexiones académicas no han tenido una plasmación en la práctica seguida en los primeros años de actividad de la Corte. De hecho, incluso, la fiscal parecía poner fin al debate al declarar alto

⁸⁰ SCHABAS, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 5.^a ed., 2017, p. 303.

⁸¹ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 6.

⁸² ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, pp. 1-2.

⁸³ Informe de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/60/177, 1 de agosto de 2005, p. 7.

⁸⁴ MACULAN, E., «La Corte Penal Internacional», en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 92-93; DAVIS, C., «Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court», *International Criminal Law Review*, vol. 15, 2015, pp. 170-189.

⁸⁵ En un inicio, ciertas declaraciones del primer fiscal de la CPI parecían apoyar esta interpretación: *Address by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court. Address to the United Nations Security Council, New York*, 13 de diciembre de 2005, disponible en http://iccnow.org/documents/LMO_ProStatementSC_13Dec05_Eng.pdf.

⁸⁶ ENGSTROM, P., «Transitional justice and ongoing conflict», en SRIRAM, C. L., GARCÍA-GODOS HERMAN, J. y MARTÍN-ORTEGA, O. (eds.), *Transitional justice and peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, Londres y Nueva York, Routledge, 2013, p. 55.

⁸⁷ Cuando se estaba elaborando el Reglamento de la Fiscalía se intentó precisar con mayor detalle el significado de este concepto que, en un futuro, se debería aplicar. Así, los especialistas valoraron la posibilidad de ligar el concepto del interés de la justicia con la desestabilización en las situaciones de conflicto o con la amenaza que puede suponer el inicio de las investigaciones en los procesos de paz o de reconciliación: ICC-OTP, *Draft Regulations of the Office of the Prosecutor*, 3 de junio de 2003, disponible en <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/istghdre.pdf>.

y claro que «*it is my firm belief that recourse to justice should never be compromised by political expediency*»⁸⁸. Por esta razón, en los pronunciamientos vertidos al hilo del interés de la justicia se puede apreciar la escasa incidencia de las posibles «tensiones políticas»⁸⁹ o los «esfuerzos dirigidos a restablecer la paz y la seguridad»⁹⁰ a la hora de interpretar el precepto. Es más, la OTP, consciente de la ambigüedad y polémica que continuaba girando en torno al concepto, publicó, en el año 2007, un Documento de Política General sobre el interés de la justicia⁹¹ en el que, tras reconocer que este precepto representaba uno de los aspectos más complejos del Estatuto⁹², incidía en que existía una diferencia fundamental entre los intereses de la justicia y los intereses de la paz, intereses, estos últimos, que no recaían dentro de su competencia⁹³.

20. No obstante, el voto concurrente del Juez Antoine Kesia-mbe Mindua en la Decisión por la que se rechaza la autorización para el inicio de la investigación en Afganistán parece no compartir esta posición⁹⁴. De hecho, a juicio del juez, un considerable número de factores pueden hacer que una investigación no redunde en interés de la justicia como, por ejemplo, las negociaciones de paz o los mecanismos alternativos a la justicia⁹⁵. Por ello, argumenta que al interpretar el concepto del «interés de la justicia» se deben tomar en consideración tanto factores legales como extralegales⁹⁶.

21. Teniendo presente que, actualmente, existe una «relación positiva entre la paz y la justicia»⁹⁷ que implica que la justicia deba ser un componente esencial de una paz estable⁹⁸, consideramos que las vicisitudes inherentes a este tipo de contextos no deberían de afectar al correcto desarrollo

⁸⁸ ICC-OTP, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda: «The Public Deserves to know the Truth about the ICC's Jurisdiction over Palestine»*, 2 de septiembre de 2014.

⁸⁹ Por ejemplo, en la situación de Georgia la Fiscalía señaló que, a pesar de las tensiones políticas, no había razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia (ICC-01/15-4-Corr, *op. cit.*, nota 62, pp. 12-13, punto 16 y punto 344) y añadió que las víctimas exigían justicia (*ibid.*, punto 339).

⁹⁰ En el caso de Sudán, a la hora de interpretar la cláusula del interés de la justicia, el fiscal tomó en consideración los esfuerzos dirigidos a restablecer la paz y la seguridad en el Estado (*First Report of the Prosecutor of the ICC to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005)*, 29 de junio de 2005, pp. 4-5). Es decir, los contextos de inestabilidad no siempre suponen un factor determinante para justificar la conveniencia de eludir una investigación.

⁹¹ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6. Si bien el documento se publicó en el año 2007, esta concepción del interés de la justicia se había mantenido en el tiempo e, incluso, cabía hablar de cierta consolidación tal y como muestra, por ejemplo: ICC-OTP, *op. cit.*, nota 27, pp. 18-19.

⁹² ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 2.

⁹³ *Ibid.*, p. 1.

⁹⁴ ICC-02/17-33-Anx-Corr, *op. cit.*, nota 49.

⁹⁵ *Ibid.*, punto 39.

⁹⁶ *Ibid.* Consciente de las críticas que conlleva defender la valoración de elementos no estrictamente legales en el seno de la CPI, el propio juez se pregunta si es posible que un tribunal de justicia tome en consideración estos factores extrajudiciales. A pesar de reconocer que «*the ICC shall not be guided by politics*» (*ibid.*, punto 47), finalmente, acaba por responder al interrogante planteado afirmativamente (*ibid.*, punto 40) al defender que, a su juicio, la SCP II «*must scrutinise all relevant circumstances, including "extra-legal" factors*» (*ibid.*, punto 46).

⁹⁷ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales, La Haya 2010, punto 25.

⁹⁸ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 8.

de los procesos⁹⁹. En consecuencia, a nuestro juicio, estas circunstancias no deberían de operar a modo de justificación en el empleo del art. 53 ER, una opción que parece compartir también la propia OTP al declarar que «la disposición relacionada con el interés de la justicia no debe considerarse como un instrumento de gestión de conflictos que requiera que el fiscal asuma el rol de mediador en negociaciones políticas»¹⁰⁰. Sin embargo, y por lo que respecta a los posibles mecanismos alternativos a la justicia que pudieran llegar a establecerse en el Estado, la lectura que se deriva del reiterado artículo podría ser diferente, tal y como estudiaremos en el punto que sigue a continuación.

4. LA GRAVEDAD DEL CRIMEN COMETIDO POR EL PRESUNTO RESPONSABLE Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS A LA JUSTICIA PENAL EN EL ART. 53 DEL ESTATUTO DE ROMA

22. La indeterminación que caracteriza al «interés de la justicia» suele emplearse por ciertos sectores doctrinales¹⁰¹ para justificar que, a pesar de que se hayan podido cometer los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, no siempre resulta obligatorio llevar a cabo una investigación y un enjuiciamiento penal cuando el Estado se halla inmerso en un proceso de justicia transicional¹⁰² en el que se han adoptado mecanismos de justicia alternativos a la justicia penal¹⁰³ como, por ejemplo, las conocidas

⁹⁹ Hay quien considera que todavía hace falta mayor precisión a la hora de decidir cómo se debería de actuar en el marco de unas negociaciones de paz: MAGNOUX, C., «The Sound of Silence: le pouvoir discrétionnaire du Procureur de la Cour pénale internationale à travers l'utilisation des critères d'intérêts de la justice et de gravité lors de l'ouverture d'une enquête», *Revue québécoise de droit international*, diciembre de 2017, pp. 9-36, esp. p. 36.

¹⁰⁰ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 27, pp. 18-19.

¹⁰¹ Ciertas organizaciones como Human Rights Watch o Amnistía Internacional no comparten esta posición: HUMAN RIGHTS WATCH, *op. cit.*, nota 3; AMNESTY INTERNATIONAL, *Open letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice*, 17 de junio de 2005, pp. 1-8. En la doctrina, determinados autores también defienden la necesidad de interpretar de manera restrictiva el concepto del interés de la justicia: ACOSTA ARCARAZO, D., BUCHAN, R. y URUEÑA, R., «Beyond justice, beyond peace? Colombia, the interests of justice, and the limits of International Criminal Law», *Criminal Law Forum*, vol. 26, 2015, pp. 291-318; MENDES, E. P., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A court of Last Resort*, UK-USA, Edward Elgar, 2010, p. 34.

¹⁰² A juicio de Kai Ambos, el interés de la justicia puede jugar un papel más relevante que el análisis relativo a la admisibilidad en contextos de justicia transicional, AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional: estudio de la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, Bogotá, Temis, 2010, p. 150. Consúltense también las reflexiones que sobre esta cuestión se realizan en SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 371.

¹⁰³ A modo ilustrativo, resulta oportuno mencionar los siguientes trabajos que analizan la posibilidad de aplicar el precepto del interés de la justicia ante mecanismos alternativos a la justicia penal: SLYE, R., «Immunities and amnesties», en DU PLESSIS, M. (ed.), *African Guide to International Criminal Justice*, South Africa, Institute for Security Studies, 2008, pp. 189-190; KELLER, L. M., «The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court», *Hague Justice Journal*, vol. 3, 2008, núm. 1, pp. 12-47; ÁLVAREZ, J. E., «Alternatives to International Criminal justice», en CASSESE, A.

comisiones de la verdad¹⁰⁴. Una interpretación que parece derivarse también del voto concurrente del Juez Antoine Kesia-mbe Mindua ya citado¹⁰⁵. Por ello, partiendo de esta premisa básica, analizaremos cómo podría conjugarse esta opción con la «gravedad del crimen» y la «participación» del autor a la que se alude en el segundo apartado del art. 53 ER a la hora de interpretar el interés de la justicia¹⁰⁶.

23. A diferencia del estadio previo a la investigación¹⁰⁷, cabe la posibilidad de que, tras la misma, «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen»¹⁰⁸. En virtud de la redacción empleada, cabría interpretar que ciertos crímenes sobre los que pudiera ejercer su jurisdicción la Corte¹⁰⁹ podrían conllevar que un enjuiciamiento no redundase en interés de la justicia¹¹⁰. Precisamente, hay quien ha

(ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 38; SEILS, P. y WIERDA, M., «The International Criminal Court and Conflict Mediation», *International Center for Transitional Justice, Occasional Paper Series*, junio de 2005, pp. 13-14; CARTER, L., ELLIS, M. S. y JALLOH, C. C., *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, UK-USA, Edward Elgar, 2016, p. 196; CARDENAS ARAVENA, C., «Revisión crítica 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*, año 18, núm. 1, 2011, pp. 35-36, y DE SOUEZA DIAS, T., *op. cit.*, nota 24, p. 751.

¹⁰⁴ Los principales mecanismos transicionales pueden clasificarse en cuatro grupos: los procesos judiciales penales, los mecanismos de investigación de la verdad, los programas de reparación y las medidas dirigidas a garantizar la no repetición de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, de 9 de agosto de 2012, párrs. 22-27). Actualmente, se reconoce que es necesaria una estrategia complementaria en la que se prevean cauces de comunicación entre los diversos mecanismos, es decir, no cabe emplear algunos de ellos como sustitutorio o alternativa del resto (*ibid.*, punto III.D.22-23; Informe del Secretario General, el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, Punto IX.26).

¹⁰⁵ ICC-02/17-33-Anx-Corr., *op. cit.*, nota 49, punto 39.

¹⁰⁶ Si bien esta no es la única opción que se prevé en el precepto que ahora analizamos, ante el limitado espacio del que disponemos, resulta imperativo seleccionar los aspectos a estudiar. En todo caso, nos parece oportuno dejar anotado que es evidente que las especiales circunstancias personales del presunto responsable como, por ejemplo, la edad avanzada que le impidiera conocer el resultado final del juicio, ciertas demencias o cuestiones graves de salud también deberían ser tomadas en consideración. Sobre las circunstancias personales que pudiera concurrir consúltese: ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 7. De hecho, otros tribunales también han empleado criterios similares como, por ejemplo: ECCC, Special Edition - Case 002: Release of Ieng Thirith, Posted Fri, 10 de diciembre de 2012, Updated Sun, 15 de enero de 2017, disponible en <https://www.eccc.gov.kh/en/publication/special-edition-case-002-release-ieng-thirith>.

¹⁰⁷ En el estadio previo a la investigación, se puede decidir no iniciar una investigación porque «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen... una investigación no redundaría en interés de la justicia» [art. 53.1.c) ER].

¹⁰⁸ Art. 53.2.c) ER.

¹⁰⁹ Véase el art. 5 ER y la Regla 29.2 del Reglamento de la Fiscalía. Los criterios que se emplean para valorar la gravedad de los crímenes se detallan, entre otros, en OTP, *op. cit.*, nota 19, p. 12.

¹¹⁰ Véase un estudio sobre las diferencias entre la gravedad en los arts. 17 y 53 ER en STEGMILLER, I., «Interpretative gravity under the Rome Statute: Identifying common gravity criteria», en STAHN, C. y EL ZEIDY, M. M. (eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 603-641.

defendido que el interés de la justicia se halla vinculado con la calificación concreta que se les dé a los crímenes cometidos, esto es, delitos ordinarios o crímenes internacionales. Así, por ejemplo, en la situación en Kenia, el Juez Hans-Peter Kaul emitió una opinión disidente en la Decisión por la que se autorizaba el inicio de la investigación en el Estado¹¹¹ en la que manifestaba que, en su opinión, los hechos cometidos debían ser considerados crímenes ordinarios y, por esta razón, concluía que una investigación no redundaría en interés de la justicia internacional penal¹¹². Es decir, el especial estándar de gravedad de los crímenes cometidos podría ser otro de los factores a valorar a la hora de determinar si una investigación redundaría o no en interés de la justicia. No obstante, quisiéramos recordar que, como paso previo a analizar el «interés de la justicia», se han de valorar las cuestiones de admisibilidad previstas en el art. 17 ER, dentro de las cuales se halla «la gravedad del asunto»¹¹³. En consecuencia, en principio, si se ha superado dicho especial estándar de gravedad, es porque nos hallamos ante un caso que merece la intervención de la Corte¹¹⁴, razón por la cual mostramos nuestras dudas en torno a la influencia que pudiera llegar a ejercer la «gravedad» del crimen en la valoración del interés de la justicia ya que, generalmente, todos merecerán el más severo reproche. Por ello, a nuestro juicio, el foco de atención deberíamos de trasladarlo al presunto responsable que ha cometido el crimen en cuestión.

24. Si atendemos al número de personas que responden ante la justicia, el resultado no merece otro calificativo que insatisfactorio. Y es que, tal y como muestra la práctica, ante la comisión de crímenes internacionales, la selección de casos es inevitable¹¹⁵ y, por ello, únicamente una mínima parte de los responsables es investigada¹¹⁶. A pesar de que el ER no limite la responsabilidad penal individual¹¹⁷, también la CPI se ve abocada a seleccionar los casos¹¹⁸ y, así, se ha desarrollado una práctica en virtud de la cual, como regla general, la Corte se centrará en aquellas personas que puedan ostentar las máximas responsabilidades en los crímenes cometidos¹¹⁹, sin perjuicio de que pueda dirigir también sus actuaciones contra personas con un nivel de responsabilidad menor¹²⁰.

¹¹¹ *Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul to Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010.

¹¹² *Ibid.*, punto 10, p. 5.

¹¹³ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 5.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ S/2004/616, *op. cit.*, nota 104, punto 46.

¹¹⁶ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56, párr. 24.

¹¹⁷ *Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58»*, ICC-01/04-169-US-Exp, 16 de julio de 2006, punto 79.

¹¹⁸ Reglas 33 y 34 del Reglamento de la Fiscalía; OTP, *op. cit.*, nota 19.

¹¹⁹ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 7; OTP, *op. cit.*, nota 28, pp. 19-20; ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, p. 3; Regla 34 del Reglamento de la Fiscalía.

¹²⁰ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, p. 3; OTP, *op. cit.*, nota 28, pp. 19-20.

25. Teniendo este planteamiento en mente, podría darse el hipotético caso de que la CPI opte por investigar a una persona con un nivel de responsabilidad «menor» en la perpetración de los hechos. No obstante, tras la investigación, podría llegar a considerar que su enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, una interpretación que, siguiendo a un considerable número de especialistas, sería plenamente consistente con el art. 53 ER¹²¹. Ahora bien, ello no implica que estas personas (responsables de la comisión de un crimen internacional) pudieran beneficiarse de una situación de impunidad¹²². De hecho, y recordando el principio de complementariedad que guía la actuación de la Corte, sería imprescindible que las jurisdicciones penales nacionales se centraran en estos responsables menores¹²³ e, incluso, cabría la posibilidad de que respondieran de sus actos ante mecanismos alternativos a la justicia penal¹²⁴.

26. Precisamente, y por lo que a los mecanismos alternativos a la justicia penal respecta, estos también podrían ejercer una notable influencia a la hora de interpretar el «interés de la justicia»¹²⁵. En efecto, si el Estado instaurase mecanismos alternativos para hacer frente a los crímenes internacionales cometidos en su territorio, ese hecho, como ha señalado la Corte, provocaría la admisibilidad del asunto¹²⁶. Sin embargo, tras la investigación, se podría llegar a considerar que un enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia si los autores, al responder ante estos mecanismos, han contribuido a esclarecer la verdad, si el Estado ha adoptado medidas para resarcir a las

¹²¹ En la doctrina es frecuente justificar la renuncia al ejercicio de la acción penal en estos casos acudiendo al concepto del «interés de la justicia», KELLER, L. M., *op. cit.*, nota 103, p. 28; LUDWIN KING, E. B., «Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures», *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013, pp. 104-108; ÁLVAREZ, J. E., *op. cit.*, nota 103, p. 38; RYNGAERT, C., «The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice», en RYNGAERT, C. (ed.), *The Effectiveness of International Criminal Justice*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 147; CARTER, L., ELLIS, M. S. y JALLOH, C. C., *op. cit.*, nota 103, p. 196; ZAKERHOSSEIN, M. H., *op. cit.*, nota 79, pp. 336-337; CÁRDENAS ARAVENA, C., *op. cit.*, nota 103, pp. 35-36, y DE SOUEZA DIAS, T., *op. cit.*, nota 24, p. 751.

¹²² OTP, *Report on Prosecutorial Strategy*, The Hague, 14 de septiembre de 2006, pp. 5-6.

¹²³ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, pp. 3 y 7; OTP, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, The Hague, 1 de febrero de 2010, pp. 5-6; OTP, *op. cit.*, nota 19, pp. 4-5; ASP, Informe de la Mesa sobre la complementariedad, ICC-ASP/12/31, de 15 de octubre de 2013, p. 4.

¹²⁴ Incluso la OTP parece apostar por una relación complementaria entre diversos mecanismos con la finalidad de poner fin a la impunidad. Y es que, como ella misma reconoce, los enjuiciamientos ante la CPI siempre van a ser limitados y, en consecuencia, son imprescindibles estrategias más amplias (ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, pp. 7-8). En los siguientes documentos se valora positivamente la creación de estos mecanismos complementarios: ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, p. 3; Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, 25 de marzo de 2010, pp. 19-20; OTP, *op. cit.*, nota 19, pp. 4-5.

¹²⁵ Véase como justifica Kai Ambos que un enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia en AMBOS, K., «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS, K., MALARINO, E. y ELSNER, G., (eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 101-104.

¹²⁶ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 79; ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 de octubre de 2017, e ICC-01/17-9-Red, *op. cit.*, nota 8, punto 152; ICC-02/11-3, *op. cit.*, nota 8, punto 51; *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of The Union of Myanmar, Request for authorization of an investigation pursuant to article 15*, ICC-01/19-7, 4 de julio de 2019, punto 233; STEWART, J., *El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia*, Colombia, 30-31 de mayo de 2018, puntos 53 y 54.

víctimas y garantizar la no repetición de las violaciones y, lo más importante, si las víctimas no han manifestado su interés en que se enjuicie a los responsables ante la Corte¹²⁷. Y es que, como señalábamos previamente, el «interés de la justicia» es más amplio que la justicia meramente penal¹²⁸ y, por ende, las víctimas pueden tener «interés» no solo en el castigo del responsable, sino en que se esclarezca la verdad, se les repare por los perjuicios sufridos y, en definitiva, se adopten medidas para que no se vuelvan a cometer crímenes internacionales¹²⁹.

27. El problema que esta interpretación conllevaría es que, realmente, el Estado concernido estaría vulnerando el Derecho internacional ya que, ante la comisión de los crímenes internacionales, estos tienen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar *penalmente* a los responsables¹³⁰. Ahora bien, es importante diferenciar la responsabilidad internacional en la que podría incurrir el Estado de la discrecionalidad que el ER otorga en estos casos a la CPI. Por ello, y si bien manifestamos nuestra posición favorable al inicio de los correspondientes procesos penales siempre y cuando se haya perpetrado un crimen internacional, debemos reconocer que, en virtud del ER, es legítimo que la Corte decida que el enjuiciamiento de los responsables no redunde en «interés de la justicia» cuando concurren ciertas condiciones como las señaladas.

28. En todo caso, las opciones para que esta interpretación prospere son, a nuestro juicio, ínfimas. No solo porque la OTP ha reconocido que el recurso al «interés de la justicia» será excepcional¹³¹, sino porque, además, la Fiscalía parece aceptar una relación complementaria entre un conjunto de mecanismos para poner fin a la impunidad siempre y cuando no se eluda el componente *penal* de la justicia¹³². Ahora bien, insistimos, en virtud del ER esta opción podría llegar a producirse y, en consecuencia, no descartamos que, en un futuro, se llegara a aceptar la interpretación según la cual un enjuiciamiento no redundara en interés de la justicia si los responsables de los crímenes internacionales respondieran de sus actos ante mecanismos alternativos a la justicia penal¹³³.

¹²⁷ Véanse las referencias citadas en la nota 103 y la posición de ciertos autores recogida en el párr. 22, donde se justifica la aplicación del «interés de la justicia» ante la instauración de mecanismos alternativos a la justicia penal.

¹²⁸ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, pp. 8-9.

¹²⁹ Acúdase al párr. 16 del presente trabajo.

¹³⁰ Un deber que se reconoce en el propio preámbulo al ER. Ahora bien, siendo conscientes de que los enjuiciamientos, normalmente, siempre se van a centrar en una categoría concreta de personas, una combinación de enjuiciamientos para los máximos responsables y mecanismos alternativos para el resto podría ser la única solución posible, tal y como se defiende en ROBINSON, D., «Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *European Journal of International Law*, vol. 14, nota 3, 2003, pp. 499-501; ORENTLICHER, D. F., «“Setting Accounts” Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, pp. 16-21.

¹³¹ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 3.

¹³² *Ibid.*, p. 7. Una idea que se ha reiterado en ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, p. 3.

¹³³ El internacionalmente admirado caso colombiano podría llegar a plantear este interrogante.

5. CONCLUSIONES

29. En el año 2010, en la Conferencia de Revisión del ER, Kofi Annan pronunció unas palabras que, llegados a este punto, creemos oportuno traer a colación. Después de recordar que ni el fiscal ni los magistrados podían tener en cuenta consideraciones políticas en el desempeño de sus funciones, concluía: «No podemos a la vez afirmar que “nunca más” dejaremos que ocurran atrocidades y seguir apaciguando a los criminales, es decir, dejar que las cosas sigan “como siempre”»¹³⁴. Lamentablemente, la controvertida interpretación del art. 53 ER por parte de la SCP II en Afganistán muestra que, pese a los avances experimentados tras la entrada en vigor del ER, la justicia internacional penal tiene que superar numerosos obstáculos para sentar en el banquillo de los acusados a los responsables que han cometido un crimen internacional, máxime cuando ostentan la nacionalidad de una de las grandes potencias mundiales como Estados Unidos¹³⁵.

30. Tras el estudio llevado a efecto cabe concluir que el «interés de la justicia» es un concepto capaz de albergar múltiples significados cuya fácil adaptación a las circunstancias hace que no exista una voluntad real de proceder a su concreción. Precisamente, la inconsistencia de los argumentos empleados por la SCP II en el caso de Afganistán —que, incluso, pueden llegar a contradecir algunas de las bases fundamentales en las que se sustenta el ER y el propio DIP— corroboran, a nuestro juicio, esta tesis. Es más, tal vez sea este factor, junto con la polémica que ha acompañado a la Decisión de la SCP II, el elemento determinante para que la SA haya decidido no

¹³⁴ Discurso de Kofi Annan ante la Conferencia de Revisión de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Uganda, 31 de mayo de 2010.

¹³⁵ Cabe recordar que Estados Unidos amenazó a la Corte si no ponía fin al examen preliminar (*The Guardian, John Bolton threatens war crimes court with sanctions in virulent attack*, 10 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/john-bolton-castigate-icc-washington-speech> e, incluso, llegó a revocar la visa de la propia Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda (BBC News, US revokes visa of International Criminal Court prosecutor, 5 de abril de 2019, disponible en <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-47822839>). Puede consultarse la respuesta de la Fiscalía en Statement, *The ICC will continue its independent and impartial work, undeterred*, ICC-CPI-20180912-PR1406, 12 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1406>. Lejos de ser un incidente aislado, tras la Sentencia de la SA en la que se autoriza el inicio de la investigación, Estados Unidos ha vuelto a presionar al personal al servicio de la CPI (CNN, US denying visas to International Criminal Court staff, 15 de marzo de 2019, disponible en <https://edition.cnn.com/2019/03/15/politics/pompeo-icc-visa-restrictions/index.html>). Es más, Mike Pompeo no ha tardado en denunciar que «this is a truly breathtaking action by an unaccountable political institution masquerading as a legal body» (*The Guardian, Senior ICC judges authorise Afghanistan war crimes inquiry*, 5 de marzo de 2020, disponible en https://www.theguardian.com/law/2020/mar/05/senior-icc-judges-authorise-afghanistan-war-crimes-inquiry?CMP=fb_gu&utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR0JbcTJxp81AnRHDJyC5D8NfjsE6Wq93MQ3ggQ7FC4eL96VmS3T3c2nrNo). Unas cuestionables declaraciones a las que no se ha dudado en responder desde la propia Corte recordando la independencia e imparcialidad que caracteriza a la misma (*Statement of the International Criminal Court concerning recent threats made against staff and their families*, 19 de marzo de 2020, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200319-icc-statement>). Para profundizar en las vicisitudes de este caso puede acudir a Ochs, S. L., «The United States, the International Criminal Court, and the situation in Afghanistan», *Notre Dame Law Review*, vol. 95, Issue 2, 2019, pp. 89-100.

pronunciarse sobre el alcance del precepto. Una actuación que contribuye a aumentar las especulaciones sobre esta controvertida noción y que, en un futuro, podría volver a dejar en el más absoluto desamparado a las víctimas que demandan el reconocimiento de sus derechos.

31. Por ello, consideramos que, si se quiere dotar de una mayor legitimidad jurídica a la CPI y evitar que ambiguos «intereses» influyan en el actuar de la institución, resulta imprescindible acotar el significado de la cláusula. Así, en nuestra opinión, si excluyéramos todo componente político de la valoración judicial, se podrían llegar a adoptar dos perspectivas: partir de una noción «limitada» de justicia que se equiparara con la correcta administración de la justicia penal u optar por una aproximación más completa a la misma que, sin excluir a esta primera, trate de abarcar mayores dimensiones de «justicia» y que, teniendo en cuenta los crímenes cometidos y la responsabilidad de sus autores, otorgue un papel fundamental a los polifacéticos «intereses» de las víctimas. A nuestro juicio, esta segunda opción sería la elección más acertada jurídicamente.

32. Los primeros años de funcionamiento de la CPI han corroborado que, aunque exista una Corte permanente, la justicia penal siempre va a ofrecer una respuesta limitada ante la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, aunque solo unos pocos casos serán los que lleguen a ser investigados, enjuiciados y sancionados en cada situación, las víctimas, en cambio, podrían ser cientos y, consecuentemente, sus «intereses» merecen todo nuestro respeto y atención. En consecuencia, la cláusula del «interés de la justicia» objeto del presente estudio carece de significado alguno si no se toman en consideración los «intereses» y derechos de quienes, precisamente, han sufrido las consecuencias de los crímenes internacionales. Unos crímenes que, como recuerda el Preámbulo, «desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad». Ahora bien, esta aproximación no nos debe hacer olvidar que la Corte es un tribunal penal y, por ende, los factores relacionados con la correcta administración de justicia, las circunstancias personales de los responsables o la entidad de los crímenes internacionales cometidos, entre otros, han de ser adecuadamente ponderados a la hora de interpretar la cláusula objeto del presente estudio.

33. En definitiva, teniendo en cuenta que la propia CPI ha reconocido la necesidad de adoptar estrategias complementarias para erradicar la impunidad y ha valorado positivamente la función restaurativa que es capaz de ejercer, creemos oportuno reconocer las virtudes de una justicia internacional más integradora a la hora de interpretar el «interés de la justicia». Si se procediera de dicha manera, tal vez, el establecimiento de la Corte pudiera redundar, tal y como señala el Preámbulo del Estatuto de Roma, en «interés de las generaciones presentes y futuras».

RESUMEN

LA LLAVE DEL «INTERÉS DE LA JUSTICIA» EN EL ESTATUTO DE ROMA: SU CONTROVERTIDO EMPLEO EN EL CASO DE AFGANISTÁN

En el caso de Afganistán, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional rechazó la autorización para iniciar una investigación en el Estado alegando que esta no redundaría en «interés de la justicia» empleando, para ello, argumentos un tanto inconsistentes con el Estatuto de Roma. Si bien la Decisión fue enmendada por la Sala de Apelaciones, que autorizó el inicio de la investigación, lamentablemente no se concretó el significado que ha de atribuírsele a esta ambigua cláusula. Teniendo en cuenta la inseguridad jurídica que sigue provocando este concepto, el presente estudio tiene por objetivo analizar la noción del «interés de la justicia» atendiendo a la práctica existente y prestando una atención especial a los principales criterios previstos en el Estatuto de Roma: los intereses de las víctimas y la gravedad del crimen cometido por el presunto responsable.

Palabras clave: interés de la justicia, Corte Penal Internacional, investigación de oficio, víctimas, mecanismos alternativos a la justicia, Afganistán.

ABSTRACT

THE «INTERESTS OF JUSTICE» AS A KEY IN THE ROME STATUTE: ITS CONTROVERSIAL USE IN THE CASE OF AFGHANISTAN

In the case of Afghanistan, the Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court rejected the authorization to initiate an investigation by concluding that the investigation would not be in the «interests of justice», employing arguments that could be inconsistent with the Rome Statute. Even if the Appeal Chamber amended the Decision and, consequently, authorized the opening of the investigation, it did not specify the significance that the clause should have. Taking into consideration the juridical insecurity that this concept provokes, the main objective of the article is to analyze the «interests of justice» notion by studying the practice of the Court and examining the main guidelines provided by the Rome Statute: the interests of victims and the gravity of the crime committed by the suspected offender.

Keywords: interests of justice, International Criminal Court, *proprio motu* investigation, victims, alternative justice mechanisms, Afghanistan.