

SOBRE LA FACULTAD DE LAS VÍCTIMAS PARA ACTIVAR LA REVISIÓN DE LA SALAS DE CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL FRENTE A LAS DECISIONES DE LA FISCALÍA DE CERRAR EL EXAMEN PRELIMINAR PORQUE LA APERTURA DE UNA INVESTIGACIÓN NO REDUNDARÍA EN EL INTERÉS DE LA JUSTICIA



AUTORES¹

María Juliana Conde Arias,
Pedro Montaña Vélez,
Valentina Ramírez Barrera.

¹Este memorando fue escrito por los integrantes de la promoción 2023 de la Clínica de Derecho Internacional, bajo la supervisión del profesor Héctor Olasolo Alonso y con el apoyo de Federico Freydehl Mesa. La Clínica de Derecho Internacional es un programa establecido conjuntamente por la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos), con la cooperación de la Oficina de Derecho Público. Abogado de Víctimas (OPCV) de la Corte Penal Internacional (CPI).



1. Introducción

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI o Estatuto) incluyó, entre otras propuestas innovadoras, un papel determinante para las víctimas a lo largo del proceso adelantado ante Corte Penal Internacional (CPI o Corte). Lo anterior, marcó un quiebre respecto a los anteriores tribunales penales internacionales, ya fueran los de Núremberg y Tokio tras la segunda guerra mundial, o los de Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) tras el final de la Guerra Fría en 1989².

Sin embargo, si bien el ECPI y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) contemplan la posibilidad de que las víctimas puedan intervenir en las actuaciones ante la CPI cuando sus intereses puedan llegar a verse afectados, aún subsisten limitaciones a su participación, incluyendo, en la fase de examen preliminar, cuyo objeto es determinar si se cumplen, o no, los requisitos necesarios para abrir una investigación.

La participación de las víctimas en esta etapa depende de distintos factores, uno de ellos es la forma en que se remite la situación a la Corte. El Estatuto prevé tres modalidades procedimentales para activar la jurisdicción de la CPI: (a) la remisión de una situación de un Estado parte (arts. 13(a), 14 y 53 del ECPI); (b) la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad (CSNU) con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (arts. 13(b) y 53 del ECPI); y (c) el Fiscal *motu proprio*, sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte (arts.13(c) y 15 del ECPI). En cualquiera de las tres modalidades, la Fiscalía es el ente encargado de desarrollar el examen preliminar para decidir al final del mismo, si procede o no la apertura de la investigación.

En los casos de inicio del examen preliminar por remisión de un Estado parte, o por el CSNU, la decisión de la Fiscalía de apertura de la investigación es final, dando lugar automáticamente a la notificación prevista en el art. 18(1) a los Estados parte y a aquellos que normalmente ejercerían jurisdicción sobre los delitos cometidos en la situación objeto de la investigación (en los casos de remisión por el CSNU, no se lleva a cabo esta notificación porque el art. 18 del ECPI no es aplicable).

Si la decisión de la Fiscalía es, por el contrario, de no abrir la investigación, existen dos procedimientos de revisión previstos en los apartados (a) y (b) del art. 53(3). El primero se aplica cuando se rechaza la apertura de la investigación por falta de competencia o admisibilidad, y solo puede ser activado por el Estado parte o el CSNU que remitió la situación inicialmente a la Fiscalía. Las víctimas únicamente pueden participar en este procedimiento, si es iniciado por el Estado parte o el CSNU (regla 107 RPP). En caso contrario, no tienen ningún remedio procesal frente a la decisión de la Fiscalía de no abrir la investigación.

El segundo procedimiento se aplica cuando la decisión de la Fiscalía de rechazar la investigación se basa exclusivamente en razones de oportunidad (razones sustanciales para creer que su apertura no redundaría en los intereses de la justicia), y solo puede ser iniciado de oficio por la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP). Si la SCP decide abrir el

² Vega, P. (2006). "El Papel de Las Víctimas en los Procedimientos ante La Corte Penal Internacional: Sus Derechos y las Primeras Decisiones de la Corte". *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*. Núm. 5 Pp. 19.



procedimiento, para lo cual tiene 180 días, las víctimas pueden participar de la misma manera que lo pueden hacer en el primero (regla 109 RPP).

Pero ¿qué ocurre si la SCP permanece inactiva o no inicia el procedimiento de revisión? ¿Significa esto que las víctimas no pueden actuar, o existe algún mecanismo al alcance de las víctimas para solicitarle a la SCP que inicie su revisión de oficio?

En el art. 53(3)(b) y la regla 109 no aparece ninguna referencia a esta cuestión. A pesar de este silencio, surge, sin embargo, la cuestión relativa a si existe algún mecanismo procesal para que las víctimas puedan solicitar a la SCP que de inicio a la revisión.

Por otro lado, en los casos de apertura del examen preliminar de oficio por la Fiscalía, conforme a los arts. 13(c) y 15 del ECPI, la Fiscalía no tiene la facultad de adoptar la decisión final de abrir la investigación, sino que requiere pedir la autorización de la SCP para proceder a su apertura. En estas actuaciones ante la Sala, las víctimas tienen reconocido el derecho a participar y presentar observaciones (art. 15(3) del ECPI y regla 47 RPP).

Cuando, por el contrario, la Fiscalía decide no solicitar la apertura de la investigación en aplicación de los criterios previstos en la regla 48 (que son los mismos del art. 53(1) del ECPI), la disposición aplicable es el apartado 6 del art. 15, que establece lo siguiente:

Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación³.

Según esta disposición, da la impresión de que la facultad de las víctimas se limita a enviar información y materiales adicionales a la Fiscalía, ya sea sobre competencia, admisibilidad o intereses de la justicia, para que reconsidere su decisión.

El problema con este planteamiento es que, en última instancia, la decisión final quedaría completamente en manos de la Fiscalía, y, por tanto, no sería revisable por ningún otro órgano de la Corte, a diferencia de lo que pasa cuando la situación es remitida por un Estado parte o el CSNU. Ante esta situación, surge una segunda cuestión relativa a si el Estatuto ofrece alguna posibilidad de acción a las víctimas para promover que la decisión de la Fiscalía pueda ser revisada por la SCP, al menos cuando se base exclusivamente en el principio de oportunidad.

En definitiva, el presente trabajo se dirige a responder las siguientes dos preguntas de investigación: (a) ¿es posible que las víctimas puedan acudir a la SCP y solicitar una revisión de oficio en el contexto del art. 53(3)(b) ?; y (b) ¿es posible que puedan hacer lo mismo en relación con la decisión de la Fiscalía de cerrar el examen preliminar conforme al art. 15 (3)?

Ambas cuestiones serán analizadas a la luz del sistema de fuentes de la CPI previsto en el art. 21 del Estatuto, y de los criterios de interpretación de los tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, abordando primero el procedimiento de revisión del

³CPI. (1998). “Estatuto de Roma”. Art. 15(6).



art. 53(3)(b), para posteriormente centrar la atención en la interpretación del art. 15(3) y (6) del ECPI.

2. Análisis sobre la facultad de las víctimas para solicitar a la SCP el inicio de una revisión de oficio conforme al art. 53(3)(b) del ECPI

El análisis de la cuestión planteada ha de partir del art. 21 del ECPI, que recoge el sistema de fuentes aplicable por la CPI. De acuerdo con este:

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
- c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición⁴.

De esta manera, conforme al art. 21(1)(a), en primer lugar la Corte debe remitirse al Estatuto y a las RPP al momento de tomar cualquier determinación judicial, lo que en nuestro caso significa interpretar el art. 53(3)(b) y la regla 109 de las RPP.

2.1. La interpretación del art. 53(3)(b) del ECPI a la luz de los art. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Teniendo en cuenta que el Estatuto es un tratado internacional, resulta conveniente acudir a las reglas de interpretación del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

⁴ CPI. (1998). "Estatuto de Roma". Art. 21.



Tratados (Convención de Viena o Convención), el cual recoge tres criterios principales que han de ser aplicados de buena fe: (a) literal; (b) sistemático o contextual; y (c) teleológico.

La interpretación literal es entendida como la forma en la que el tratado debe interpretarse conforme a su sentido ordinario o corriente de sus términos, y no de forma abstracta o general. La interpretación sistemática supone un estudio lógico-contextual del tratado, analizando en su conjunto el preámbulo, articulado y anexos, prestando atención a los distintos títulos o capítulos del mismo⁵. Finalmente, la interpretación teleológica busca dotar de contenido a la disposición de que se trata con base en el objeto y fin que persigue el tratado. Esta forma de interpretación no supone una distorsión o modificación del instrumento, antes bien, busca lograr el fin establecido por las partes⁶.

Además, el art. 32 de la Convención de Viena prevé que:

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: (a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o (b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Con respecto a la interpretación literal del art. 53(3)(b) del ECPI, cabe señalar que el texto establece que la SCP podrá revisar de oficio únicamente las decisiones de la Fiscalía adoptadas con base en los intereses de la justicia (art. 53 (1)(c) del ECPI), sin prever expresamente posibilidad alguna para que las víctimas puedan solicitar la revisión a la SCP.

De igual forma, bajo una interpretación contextual del Estatuto no es claro que las víctimas, en este escenario procesal, puedan tomar la iniciativa de forma autónoma, ya que solo podrán hacerlo cuando otras instancias tomen la iniciativa (bien sea un Estado parte, el CSNU o la SCP), que pueden participar de la revisión.

No obstante, realizando un análisis teleológico, en atención al objeto y fin del Estatuto, la situación puede cambiar. Así, el objeto del art. 53(3)(b) del ECPI es el crear un mecanismo de *checks and balances*, de manera que la SCP pueda fiscalizar el ejercicio del principio de oportunidad por el Fiscal, cuando este toma la decisión de cierre del examen preliminar. La efectividad de este mecanismo quedaría, por tanto, fortalecida si, ante el silencio de la SCP, las víctimas pudieran solicitar a la Sala que ejerciera sus facultades de revisión.

Por lo tanto, la actuación de las víctimas no contradice la arquitectura de división de poderes entre Fiscalía y SCP, sino que más bien, fortalece la finalidad de control judicial de la discrecionalidad no reglada atribuida a la Fiscalía por el art. 53(1)(a).

A esto hay que añadir que, favorecer el acceso y la participación efectiva de las víctimas en las actuaciones ante la CPI es otro de los fines a los que se dirige el ECPI, como una forma

⁵ Remiro, A. (2010). "Derecho Internacional. Curso General". Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 376.

⁶ *Ibíd*, pp. 377.



de contribuir a poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales más graves que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto⁷.

Finalmente, los trabajos preparatorios no aportan nada nuevo porque esta situación no fue abordada por las delegaciones encargadas de la redacción del Estatuto y las RPP, al tratarse de una cuestión muy específica, que, hasta la actualidad, sigue sin haber sido abordada por decisión judicial alguna.

2.2. Interpretación del art. 53(3)(b) del Estatuto de la CPI a la luz del resto de criterios contenidos en su art. 21: especial atención al criterio general de interpretación del art. 21(3)

Como hemos visto, además del art. 21(1)(a) que se refiere expresamente al Estatuto de la CPI y a las RPP (interpretados conforme a los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena), el art. 21(1) recoge dos criterios adicionales: el apartado (b) se remite a los tratados aplicables, los principios y las normas del derecho internacional (incluyendo los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados), y el apartado (c) a los principios generales del derecho que derive la CPI del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo.

Sin embargo, al analizar el art. 53(3)(b) del ECPI y la regla 109 RPP conforme al art. 21(1)(b), se evidencia que no existen tratados internacionales que aborden en sus disposiciones una situación similar a la que se plantea. En este sentido, cabría remitirse dentro los principios y normas de derecho internacional, a la costumbre, como fuente del derecho internacional penal, tal y como ha sido recogida en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Sin embargo, la especificidad del proceso de apertura de una investigación en el Estatuto hace que esto no resulte de gran ayuda.

Del mismo modo, al analizar conforme al art. 21(1)(c) del ECPI, los principios generales del derecho basados en los diversos sistemas de derecho interno, se observa que, si bien existen actuaciones previas en relación con la investigación de delitos, los sistemas nacionales no contemplan, como tal, una fase procesal en la que se decida si se inicia o no una investigación sobre una determinada situación como paso previo a indagar sobre los delitos cometidos en la misma.

El apartado (2) del art. 21 del ECPI, atribuye a las Salas la facultad de aplicar la interpretación de los estándares jurídicos aplicables, desarrollados por la jurisprudencia de la ECPI en decisiones anteriores sobre temas similares. Sin embargo, la cuestión suscitada, no ha sido abordada por la jurisprudencia de la Corte hasta el momento.

Por su parte, conforme al apartado (3) del art. 21, la interpretación del Estatuto y las RPP debe estar en conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos (DDHH). Este principio resalta la importancia de asegurar que cualquier decisión tomada en el marco de la CPI esté en consonancia con dichos estándares, garantizando así, la integridad y la

⁷ ICTJ. (2016). “Handbook on complementarity”, pp. 43.

https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf.



legitimidad de sus actuaciones. Como resultado, la facultad de la SCP de revisar de oficio, conforme al art. 53(3)(b) del ER, la decisión del Fiscal de no iniciar una investigación tiene que ser interpretada bajo esta óptica.

Así, el art. 2(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), dispone que las víctimas de graves violaciones de DDHH deben tener acceso a un recurso efectivo, a la vez que las autoridades judiciales deben promover el desarrollo de las posibilidades del recurso judicial⁸.

A nivel regional, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre sobre el derecho a la justicia en su artículo XVIII dispone que:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente⁹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) desarrolla esta disposición en los arts. 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial). El primero afirma que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías para la determinación de sus derechos¹⁰, mientras que el art. 25 reconoce el derecho a un recurso sencillo y rápido ante un tribunal competente¹¹, e impone a los Estados la obligación de desarrollar sus posibilidades.

El art. 25 de la CADH prevé, en particular, el derecho a que las violaciones de los DDHH sean investigadas de manera exhaustiva, que se impongan sanciones a los responsables y que se brinde una reparación adecuada a las víctimas¹². Todo lo anterior, bajo la premisa que el recurso debe ser idóneo (es decir, que sea posible impugnar ante las autoridades judiciales) y efectivo (que sea imparcial y permita una adecuada respuesta y reparación). Esto implica que las instancias judiciales deben asegurar un proceso que garantice el acceso a la justicia y la plena protección de los DDHH de todas las personas¹³.

En su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha afirmado que el art. 25 (1) de la CADH significa que:

[...] la participación de la víctima en procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante autoridades competentes. Ello implica necesariamente que, a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos a través de los cuales la víctima esté en posibilidad de impugnar la competencia de las autoridades que

⁸ ONU. (1966). "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Art. 2(3).

⁹ OEA. (1948). "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". Artículo XVIII.

¹⁰ OEA. (1969). "Convención Americana sobre Derechos Humanos". Art. 8.

¹¹ *Ibid.* Art. 8.

¹² Corte IDH. (2021). "Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" *Protección Judicial*. Pp. 82.

¹³ *Idem.*



eventualmente ejerzan jurisdicción sobre asuntos respecto de los cuales se considere que no tienen competencia¹⁴.

La Corte IDH al referirse a la tutela judicial efectiva, ha sostenido también que el derecho a esta exige que los jueces al conceder recursos deben buscar poner fin a la impunidad y a la falta de debida protección judicial de DDHH¹⁵. Así, según la Corte IDH:

[...] los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad¹⁶.

Para que el recurso disponible para las víctimas pueda ser considerado efectivo, se requiere, en todo caso, que la autoridad analice las razones que alegan y se pronuncie sobre ellas (esto con el fin de ser idóneo para evitar futuras violaciones de DDHH¹⁷).

Con respecto a los demás sistemas regionales de DD.HH, mientras la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos recoge expresamente el derecho a ser oído ante tribunal competente y a apelar ante violaciones a los derechos humanos¹⁸, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce los derechos a un proceso equitativo, independiente e imparcial por un tribunal competente, donde se determine el contenido de los derechos (art. 6)¹⁹ y a un recurso efectivo (art. 13)²⁰. Esto no solamente supone tener la facultad de traer una causa ante un tribunal o tener un juicio imparcial, sino que incluye el derecho a tener un proceso con las debidas garantías en todas sus etapas.

En este sentido, el sistema europeo de derechos humanos se ha referido de manera particular a la posibilidad que tienen las víctimas en el marco de un proceso penal a solicitar que se estudie la decisión tomada por un órgano como la Fiscalía. De este modo, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), a petición del Comité de Ministros del Consejo de Europa, emitieron en 2009 un dictamen sobre las relaciones entre jueces y fiscales, conocido como la Declaración de Bordeaux). En su art. 1, la Declaración sostiene:

Es de interés para la sociedad que el Estado de derecho esté garantizado por una administración de justicia justa, imparcial y eficaz. Los fiscales y los jueces velarán, en todas las fases del proceso, por la garantía de los derechos y libertades individuales y

¹⁴ Corte IDH. (2010). *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. "Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México"*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Pár. 167.

¹⁵ Corte IDH. (2003). *Fondo, Reparaciones y Costas. "Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala"*. Sentencia 25 de noviembre del 2003. Pár. 210.

¹⁶ *Ibid.* Pár. 211.

¹⁷ Corte IDH. (2019). *Fondo, Reparaciones y Costas. "Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador"* Sentencia de 4 de febrero de 2019. Pár. 109.

¹⁸ Organización para la Unión Africana. (1983). "Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos". Art. 7.

¹⁹ Consejo de Europa. (1950). "Convención Europea de Derechos Humanos". Art. 6.

²⁰ *Ibid.* Art. 13.



por la protección del orden público. Esto implica el respeto total de los derechos de los acusados y de las víctimas. La decisión del fiscal de no procesar debe estar abierta a revisión judicial. Una opción puede ser permitir a la víctima llevar el caso directamente al tribunal²¹.

Al referirse a las relaciones entre fiscales y jueces en el curso de una acusación, la Declaración de Bordeaux destaca lo siguiente: como los fiscales tienen la facultad discrecional de decidir si presentan o no un caso ante un tribunal, es crucial establecer un marco que evite cualquier forma de actuación arbitraria, discriminatoria o influencia indebida de las facultades de la Fiscalía, garantizando al mismo tiempo la protección integral de los derechos de las víctimas involucradas²². En consecuencia, es necesario que se implementen medidas para salvaguardar la imparcialidad y la transparencia en el ejercicio de la discrecionalidad de los fiscales.

Para el Consejo de Europa, un ejemplo de esto es asegurar que cualquier persona afectada por la decisión del Fiscal, en particular las víctimas, tengan la posibilidad de solicitar su revisión. Una alternativa viable es también permitir que la víctima lleve el caso directamente al tribunal²³, lo cual garantiza un mecanismo de control judicial efectivo sobre las decisiones de la Fiscalía, fortaleciendo así la protección de los derechos de las víctimas y la legitimidad del sistema judicial en su conjunto.

Según el art. 21(3) del ECPI, estos estándares internacionales relativos a los derechos de las víctimas de graves violaciones de DD.HH. de acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo (que incluyen la revisión de las decisiones tomadas por órganos como la Fiscalía), deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar el art. 53 (3)(b) del ECPI y la regla 109 de las RPP, con el fin de garantizar a las víctimas una participación que permita esclarecer la verdad, prevenir la impunidad y cesar las graves violaciones de DDHH. Y ello se dilucida, principalmente, al momento de decidir si los crímenes internacionales cometidos en una determinada situación van a ser objeto o no, de investigación por la Fiscalía de la CPI.

En consecuencia, se puede afirmar que el art. 21 (3) del ECPI requiere una interpretación del art. 53(3)(b) que permita a las víctimas solicitar formalmente ante la SCP proceder con la revisión de las decisiones de la Fiscalía de cierre del examen preliminar por razones de oportunidad, puesto sus intereses se ven directamente afectados al suponer, en última instancia, que los crímenes internacionales que han padecido no serán investigados por la CPI.

2.3. La figura del amicus curiae como alternativa procesal a la posibilidad de las víctimas para solicitar una revisión de oficio conforme al art. 53(3)(b) del ECPI

²¹ Consejo de Europa. (2009). “Declaración de Bordeaux”. Art. 1.

²² *Ibid.* Art. 53.

²³ *Idem.*



Si la SCP no acepta la existencia de una vía procesal inherente al art. 53(3)(b) para que las víctimas puedan solicitar la revisión de una decisión basada exclusivamente en los intereses de la justicia, cabe plantear una segunda opción procesal a este respecto. Se trata de la regla 103 (*amicus curiae*) de las RPP, que señala que:

La Sala [...] podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que se presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere pertinente²⁴.

De esta manera, conforme a la regla 103, las víctimas tienen, al menos, la facultad de solicitar a la SCP que les autorice a presentar un escrito en el que expliquen las razones por las cuales, ante el cierre de un examen preliminar debido exclusivamente a los intereses de la justicia, la Sala debería proceder a iniciar su revisión de oficio.

Esta posibilidad, que se extrae de la literalidad de la regla 103, no garantiza que la SCP vaya a conceder dicha autorización, ni mucho menos que vaya a activar el proceso de revisión del art. 53 (3)(b). Sin embargo, si el resto de las vías se encuentran cerradas, puede suponer la única forma en la cual las víctimas pueden hacer valer sus intereses ante el cierre de la Fiscalía de un examen preliminar por razones de oportunidad.

3. Análisis sobre la facultad de las víctimas para solicitar una revisión de oficio frente a la decisión de la Fiscalía de cerrar el examen preliminar sin solicitar la apertura de la investigación a la SCP

3.1. Interpretación del art. 15 (3) y (6) del ECPI a la luz del arts. 21 (1)(a) del ECPI y 31 y 32 de la Convención de Viena

Una interpretación literal del art. 15 (3) y (6) del ECPI, según lo previsto en el art. 21(1)(a) del ECPI y el art. 31 de la Convención de Viena, parece llevar a la conclusión de que, cuando, tras el examen preliminar, el Fiscal considera que no cabe la apertura de la investigación (art. 15(3)), su decisión de cerrar el examen preliminar no está sometida a ningún tipo de revisión por la SCP (art. 15(6)). Por lo tanto, las víctimas solo podrían presentar nuevos hechos o pruebas a la Fiscalía, con el fin de que pueda reconsiderar su posición inicial sobre la falta de competencia, la inadmisibilidad o la existencia de razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en los intereses de la justicia.

A la misma conclusión podría, inicialmente, llegarse con una interpretación contextual, dado que ambas disposiciones desarrollan contenidos diversos (el art. 15 se refiere al “Fiscal”, mientras que el art. 53 desarrolla “el inicio de una investigación”) y se encuentran en partes distintas del Estatuto (el art. 15 se incluye en la parte II sobre “la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable”, mientras que el art. 53 se ubica en la parte V sobre “la investigación

²⁴CPI. (2000). Reglas de Procedimiento y Prueba. Regla 103.1.



y el enjuiciamiento”). Sin embargo, la remisión que hace la regla 48 de las RPP (aplicable en las actuaciones del art. 15) al art. 53 (1) evidencia una estrecha interrelación entre ambos artículos, que tensiona inevitablemente la interpretación contextual del primero.

Esta tensión es todavía mayor en relación con la interpretación teleológica del art. 15(3) y (6) del ECPI (también prevista en el art. 31 de la Convención de Viena). Así, por un lado, el fin último del Estatuto no sólo consiste en acabar con la impunidad de los crímenes internacionales más graves, y contribuir con ello a su prevención, sino también reconocer un papel más activo a las víctimas dentro de las actuaciones de la CPI²⁵ (ambos fines son plenamente compatibles puesto que la mayor participación de las primeras contribuye a la reducción de la impunidad).

Sin embargo, al mismo tiempo, y a diferencia de lo que sucede con el art. 53 (3)(b), donde se prevé expresamente la fiscalización de oficio por la SCP de las decisiones de la Fiscalía de cierre del examen preliminar sin apertura de la investigación porque no redundaría en los intereses de la justicia, la construcción del art. 15 parece recoger otro modelo de distribución de competencias entre Fiscalía y SCP, según el cual la intervención de la SCP se limita a autorizar la solicitud de apertura de una investigación por la Fiscalía.

Esto significa que, así como la Fiscalía tiene pleno control sobre la decisión de iniciar un examen preliminar *motu proprio*, lo mismo sucede con respecto a su cierre sin solicitar la autorización para la apertura de una investigación. Ambas decisiones, parecen ser, por tanto, competencia exclusiva de la Fiscalía, sin que se prevea revisión judicial alguna por la SCP.

Esta aproximación es confirmada por los trabajos preparatorios de las RPP, puesto que, durante su negociación, las delegaciones de Francia y Australia sugirieron incluir una regla que recogiese expresamente un control judicial por la SCP de las decisiones de cierre del examen preliminar de la Fiscalía basadas exclusivamente en el principio de oportunidad. En concreto, la delegación francesa propuso lo siguiente:

Quando el Fiscal tenga ante sí una situación que se le haya remitido en virtud de los arts. 13 a 15 y su decisión de no proseguir la investigación se base únicamente en la letra c) del párrafo 1 del artículo 53, deberá también informar de ello por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares lo antes posible²⁶.

De forma similar, la propuesta de la delegación australiana preveía que:

Quando el Fiscal decida que no hay fundamento razonable para proceder a una investigación únicamente sobre la base del apartado c) del párrafo 1 del artículo 53, informará por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares lo antes posible después de

²⁵Vega, P. (2006). “El Papel de Las Víctimas en los Procedimientos ante La Corte Penal Internacional: Sus Derechos y las Primeras Decisiones de la Corte”. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*. Núm. 5. Pp. 19.

²⁶PCNICC. (1999). “Proposal by France on Rules of Procedure and Evidence Part 3, section 3, subsection 1”. Pp. 2.



haber adoptado esa decisión. Al hacerlo, el Fiscal expondrá las razones que le han llevado a considerar que una investigación no redundaría en interés de la justicia²⁷.

Ambas propuestas estaban orientadas a garantizar que las decisiones de la Fiscalía basadas únicamente en el principio de oportunidad pudieran ser revisadas por la SCP, lo que, al mismo tiempo, como se ya se ha analizado con respecto al art. 53(3)(b), podría haber permitido a las víctimas acudir a la SCP para solicitar la activación de la revisión.

Todo ello con el fin de evitar que una decisión políticamente motivada del Fiscal, en virtud de la amplia discrecionalidad no reglada que le atribuye el art. 53(1)(c) y la regla 48 de las RPP, pudiera generar un impacto negativo sobre las víctimas (al impedir que los crímenes internacionales que han sufrido puedan ser investigados por la CPI), las cuales se verían, así mismo, privadas de todo acceso a una instancia judicial en la que se pudiera revisar dicha decisión.

Sin embargo, ambas propuestas fueron descartadas por la mayoría de las delegaciones de la Comisión Preparatoria de la CPI, al considerar que un control tan directo sobre las decisiones del Fiscal afectaría a la distribución de competencias entre la Fiscalía y la SCP prevista en el art. 15 del ECPI. Esto significaba que, para estas delegaciones, preservar la distribución de competencias entre ambos órganos de la CPI era un aspecto central del objeto y fin del Estatuto, y especialmente del art. 15.

Como resultado de lo anterior, es evidente la tensión entre los distintos elementos que hacen parte de la interpretación teleológica del art. 15 (3) y (6): por un lado, la lucha contra la impunidad y la participación procesal de las víctimas; por otro lado, la arquitectura competencial del Estatuto y el equilibrio de “poderes” entre Fiscalía y Salas judiciales. Tensión que, además, es propia de las actuaciones del art. 15, y que, por tanto, no existe en relación con la interpretación teleológica del art. 53(3)(b).

Esto significa, en última instancia, que de los tres criterios interpretativos previstos en los arts. 21(1)(a) del ECPI y 31 de la Convención de Viena, sólo la interpretación literal parece ofrecer una aproximación exenta de tensiones, que, sin embargo, necesita ser contrastada con las otras fuentes del derecho previstas en los apartados (1)(b) y (c), (2) y (3) del art. 21 del ECPI.

3.2. Interpretación del art. 15(3) y (6) por la jurisprudencia de la CPI conforme al art. 21(2) del ECPI

Al igual que vimos en relación con el art. 53(3)(b) del ECPI, los apartados (b) y (c) y del art. 21(1) no presentan gran utilidad a la hora de interpretar el art. 15(3) y (6) del ECPI, debido a la especificidad del proceso de apertura de una investigación ante la CPI.

²⁷ PCNICC. (1999). “Proposal submitted by Australia. Draft Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court”. Pp. 32. Rule 56.



Sin embargo, distinta es la situación en relación con el apartado (2) del art. 21, puesto que la jurisprudencia de la Corte sí ha abordado expresamente en su jurisprudencia la cuestión analizada.

a. Situación en Afganistán

El 5 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones (SA) aceptó el recurso presentado por la Fiscalía contra la decisión de la SCP II por la que se negaba la solicitud de apertura de una investigación en la situación en la República Islámica de Afganistán, con base en que la misma no serviría a los intereses de la justicia²⁸.

La apelación presentada por la Fiscalía se centró a dos argumentos principales: (a) el error de derecho cometido por la SCP al momento de determinar los “intereses de la justicia”²⁹; y (b) el abuso de poder por parte de la propia SCP al evaluar los “intereses de la justicia”³⁰. Sin embargo, al examinar el primer argumento de la apelación, la SA realizó una serie de consideraciones sobre la interrelación de los arts. 15 y 53 del ECPI, que, como la propia SA reconoció expresamente, no eran parte del objeto de la apelación, constituyendo, por tanto, *obiter dicta*.

En este contexto, la SA hizo las siguientes consideraciones:

El artículo 53(1) del Estatuto refleja así la expectativa de que el Fiscal proceda a investigar las situaciones remitidas, al tiempo que le permite no hacerlo en las circunstancias limitadas establecidas en el artículo 53(1)(a) a (c) del Estatuto [...]. El artículo 53(3) del Estatuto prevé el control judicial de la decisión del Fiscal de no investigar y tiene por objeto garantizar que el Fiscal cumpla con su deber de investigar las situaciones remitidas.

En cambio, el artículo 15 del Estatuto, titulado "El Fiscal", establece el procedimiento para que la Fiscal inicie una investigación de oficio, cuando no se le ha remitido una situación. [...] Si la Fiscal llega a la conclusión de que no hay motivos razonables para proceder (hipótesis que no se plantea en este recurso), el artículo 15(6) del Estatuto le exige que informe de su conclusión a quienes hayan facilitado la información. Éstos pueden proporcionar información adicional a la Fiscal, que puede reconsiderar la

²⁸ CPI, *The situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Pre-trial chamber II. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan of April 12 2019*. Doc ICC-02/17, pár. 31-32. La SA aceptó el recurso de la Fiscalía y autorizó el inicio de una investigación en Afganistán. En particular, la SA consideró que la SCP erró al decidir que "una investigación de la situación en Afganistán en este momento no serviría a los intereses de la justicia". Consideró por lo tanto que la decisión de la SCP en virtud del art. 15(4) del Estatuto debería haber abordado únicamente si existe fundamento suficiente para que el Fiscal proceda a una investigación, en el sentido de si se han cometido crímenes, y si el caso o los casos potenciales derivados de dicha investigación parecen ser competencia de la Corte. Vid.: CPI, *The situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Appeals Chamber. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan of March 5 2020*. Doc ICC-02/17 OA4, pár. 79.

²⁹ Oficina del Fiscal. *Prosecution Appeal Brief of September 30 2019*, pár. 12-59.

³⁰ *Ibid.* pár. 60-67.



cuestión; sin embargo, el marco jurídico no prevé la revisión judicial de la conclusión de la Fiscalía³¹.

En consecuencia, para la SA, permitir una evaluación por parte de la SCP bajo el art. 53 (3)(b) en exámenes preliminares iniciados bajo el art. 15 del ECPI, “[...] es incompatible con la naturaleza del poder discrecional del Fiscal en virtud del art. 15 del Estatuto, con el marco jurídico más amplio y con la historia de la redacción de las Reglas³²”.

La SA fundamentó estas consideraciones con base en los siguientes argumentos:

1. La regla 49 de las RPP es clara respecto a que el Fiscal no tiene la obligación de notificar a la SCP sobre su decisión de cerrar el examen preliminar, y, por tanto, solo está obligado a realizar dicha notificación a las víctimas para que, conforme al art. 15 (6), puedan remitirle nuevos hechos o elementos de prueba. Según la SA, esto solo tiene sentido en un sistema en que la SCP no tiene competencia para revisar de oficio la decisión del Fiscal.

2. El hecho de que la regla 105 (relativa a la notificación de la decisión del Fiscal de no proceder con la investigación conforme al art. 53 (1)), se remita expresamente al contenido de la regla 49 cuando el examen preliminar ha sido iniciado de oficio por la Fiscalía conforme art. 13(c) y 15 del ECPI, no hace sino confirmar, en opinión de la SA, esta situación³³.

3. Esta interpretación es confirmada por los trabajos preparatorios de las RPP, al no haber sido aceptadas las mencionadas propuestas de las delegaciones francesa y australiana³⁴ para que la SCP fuera notificada por la Fiscalía de su decisión de cierre del examen preliminar conforme al art. 15(3)³⁵.

4. El hecho de que la regla 110, al llevar por título “[d]ecisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 53”, deja claro que el mecanismo de revisión de las decisiones del Fiscal de no abrir una investigación por no redundar en interés de la justicia está limitado a las decisiones adoptadas en virtud del art. 53 del ECPI y, por lo tanto, no es posible extenderlo a las actuaciones del art 15³⁶.

En consecuencia, según la SA, ni el Estatuto, ni las RPP, prevén la aplicación conjunta de los arts. 15 (3) y 53(3)(b) para permitir el control judicial de oficio de la decisión de cerrar un examen preliminar iniciado *motu proprio* por la Fiscalía. No existiendo esta posibilidad, las víctimas no pueden estar tampoco legitimadas para solicitar a la SCP que lleve a cabo una revisión judicial de dicha decisión.

b. Situación en Colombia

³¹ CPI, *The situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Appeals Chamber. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan of March 5 2020*. Doc ICC-02/17 OA4, pár. 29-30.

³² *Ibid*, nota al pie 52.

³³ *Ibid*, nota al pie 50.

³⁴ *Ibid*, nota al pie 53.

³⁵ PCNICC. (1999). “Proposal by France on Rules of Procedure and Evidence Part 3, section 3, subsection 1”. Pp. 2.

³⁶ *Ibid*, nota al pie 52.



El 27 de abril de 2022, la Federación Internacional para los Derechos Humanos (FIDH) y el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR) presentaron una solicitud, en representación de las víctimas colombianas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, al presidente de la División de Cuestiones Preliminares para que una SCP revisara y revocara la decisión del Fiscal de cerrar el examen preliminar en la situación de Colombia. La petición se fundamentó en el art. 53(3)(b) del ECPI, según el cual la SCP estaba facultada para revisar de oficio la decisión del Fiscal de no continuar con un examen preliminar, si esta se basaba únicamente en el art. 53(1)(c), relativo a los intereses de la justicia³⁷.

Según los representantes de las víctimas, el cierre del examen preliminar por el Fiscal solo podía estar basado en el principio de oportunidad no reglada, ante la ausencia de toda explicación sustantiva sobre las razones por las cuales se tomó la decisión. Así, aunque al finalizar el examen preliminar se firmó un Acuerdo de Cooperación entre Colombia y la Fiscalía³⁸ y se hicieron ciertas declaraciones oficiales, no hubo ningún análisis riguroso que explicara la falta de jurisdicción o admisibilidad en relación con la situación en Colombia.

En particular, los solicitantes no pudieron encontrar ningún análisis de complementariedad que hubiera tenido en cuenta los casos potenciales, incluyendo las conductas específicas sobre las cuales existían investigaciones o decisiones judiciales, ni las personas que podían ser objeto de una posible investigación³⁹.

Ante esta situación, la decisión solo pudo haberse basado en consideraciones políticas, específicamente relacionadas con el Acuerdo Final entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, y la política colombiana con relación a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Todo ello, con el fin de dar tiempo y oportunidad al sistema nacional de avanzar en términos de verdad y reconciliación.

En este contexto, los representantes de las víctimas consideraban que la decisión del Fiscal ameritaba una revisión judicial porque iba en contra del derecho de las víctimas a la verdad, ya que había numerosos casos sobre los que la JEP no tenía jurisdicción y sobre los que, hasta entonces, existía impunidad en la justicia ordinaria⁴⁰.

El 6 de mayo de 2022, el presidente de la División de Cuestiones Preliminares, conforme a la Regulación 46(3) del Reglamento de la Corte, asignó la solicitud a la SCP I, que dos meses y medio después emitió su “[d]ecisión sobre la ‘[s]olicitud de revisión de la decisión del Fiscal del 28 de octubre de 2021 de cerrar el examen preliminar de la situación en Colombia’ y solicitudes relacionadas”.

Según la SCP I, la SA, en la situación de Afganistán, había distinguido ya entre la aplicación de los arts. 15 y 53 del ECPI, siendo el primero aplicable a investigaciones de la

³⁷ CPI, *Situation in Colombia, President of the Pre-Trial Division, Request for review of the Prosecutor's decision of 28 October 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia, April 27 2022*. ICC-RoC46(3)-01/22-1-Red, pár. 3-8.

³⁸ *Ibid.*, pár. 36.

³⁹ *Ibid.*, pár. 34.

⁴⁰ *Ibid.*, pár. 44.



Fiscalía *motu proprio* y el segundo a remisiones de un Estado parte o el CSNU⁴¹. Como resultado, la SCP se basó exclusivamente en la interpretación hecha por la SA para no revisar la decisión de la Fiscalía. Todo ello, a pesar de que la propia SA en la decisión mencionada, así como la FIDH y el CAJAR en su solicitud, habían subrayado expresamente que las consideraciones de la SA sobre la interrelación entre los arts. 15 y 53 del ECPI eran *obiter dicta*.

c. Situación en Kenia

En contraste con las dos decisiones mencionadas, que respaldan la completa separación de las actuaciones bajo los arts. 15 y 53 del ECPI, y afirman la ausencia de toda revisión judicial frente a la decisión del Fiscal de cerrar por motivos de oportunidad un examen preliminar iniciado *motu proprio*, la SCP II ha adoptado en la situación de la República de Kenia una posición diversa.

En el marco de esta situación, las víctimas solicitaron a la SCP II que: (a) determinara que la resolución adoptada por el Fiscal de no realizar más actividades de investigación en relación con los crímenes cometidos en la situación constituía una decisión basada en los arts. 53(1)(c) o 53(2)(c); y (b) procediera a su revisión de oficio conforme al art. 53(3)(b) del ECPI. Todo esto, ante el hecho de que la resolución de la Fiscalía no contenía motivación alguna.

En su argumentación, la SCP II subrayó expresamente que:⁴²

[...] el artículo 53(3)(a) del Estatuto no es aplicable, considerando que la investigación de la situación en la República de Kenia tuvo lugar tras una autorización de la Sala en virtud del artículo 15. En consecuencia, solo el artículo 53(3)(b) del Estatuto es potencialmente aplicable, ya que es un poder *motu proprio* de la Sala que puede ejercerse independientemente de la forma en que se haya activado la competencia de la Corte en virtud del artículo 13 del Estatuto⁴³. En virtud de esta disposición, la Sala podrá, por iniciativa propia, revisar una decisión del Fiscal de no proceder cuando dicha decisión se base únicamente en el artículo 53(1)(c) o (2)(c) del Estatuto, es decir, sobre la base de que una investigación o un enjuiciamiento no serían o no redundaría en interés de la justicia.

Además, la SCP II afirmó que permitir que las víctimas puedan solicitar a la Sala que revise una decisión del Fiscal basada en los arts. 53(1)(c) o (2)(c) constituye una de las formas válidas de participación durante el examen preliminar y la investigación.

⁴¹ CPI, Situation in Colombia, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the request for review of the Prosecutor's decision of 28 October 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia and related requests*, 22 de julio de 2022. Doc. No. ICC-RoC46(3)-01/22, pár. 4-6.

⁴² CPI, The Situation in the Republic of Kenya. Pre-trial Chamber II. *Decision on the "Victims' request for review of Prosecution's decision to cease active investigation*, Doc.: ICC-01/09, pp.9

⁴³ El art. 13 del ECPI se refiere a las tres formas de activar la jurisdicción de la Corte.



Lo anterior significa que la SCP II aceptó expresamente la posibilidad de que: (a) la SCP pueda llevar a cabo una revisión judicial de oficio de la decisión de la Fiscalía de cerrar un examen preliminar iniciado *motu proprio*, siempre y cuando se base exclusivamente en que la apertura de la investigación no redundaría en interés de la justicia; y (b) las víctimas puedan solicitar a la SCP que lleve a cabo dicha revisión. Todo ello con base en la aplicación del mecanismo de revisión previsto en el art. 53(3)(b) a las actuaciones del art. 15.

En todo caso, es importante señalar que, al igual que las consideraciones arriba mencionadas de la SA, esta interpretación de la SCP II tiene que ser también considerada como *obiter dicta*, porque la solicitud de las víctimas tenía como objeto la impugnación de la decisión de la Fiscalía de cerrar las dirigencias de investigación en la situación en Kenia, y por lo tanto no se refería al cierre de un examen preliminar.

d. Opinión disidente de la jueza Luz del Carmen Ibáñez Carranza

La posición adoptada por la SCP II fue posteriormente acogida en la opinión disidente de la jueza Luz del Carmen Ibáñez Carranza en la decisión de la SA arriba mencionada. Si bien la jueza Ibáñez estuvo de acuerdo con la Mayoría de la SA en autorizar la apertura de la investigación en Afganistán, afirmó, sin embargo, que las consideraciones sobre las que se estructuró el fallo estaban lejos de ser ideales porque no creía cierto que:

[...] el Fiscal tenga discreción absoluta para decidir si abrir o no una investigación *motu proprio* y que los párrafos (1) y (3)(b) del art. 53 se aplican *únicamente* a remisiones”⁴⁴, ya que “nada en la redacción expresa de dichos artículos indica tal restricción”⁴⁵.

Así mismo, subrayó que las consideraciones sobre las que versó la decisión no habían sido objeto de la *causa petendi* de la apelación, por lo que debían ser tomados como *obiter dicta* y no tener incidencia en casos futuros que, de fondo, pudieran relacionarse con la cuestión analizada. De no ser así, la decisión sería *ultra petita*, ya que, al exceder el ámbito de la impugnación, se estaría definiendo una regla jurídica en virtud de una causa inexistente. Como resultado, la jueza señaló que la decisión de la SA debía ser tomada con la máxima cautela.

En particular, la jueza Ibáñez mostró su preocupación con la interpretación del ámbito de aplicación del art. 53(3)(b) realizada por la Mayoría de la SA, porque:

1. Se crearía una burbuja de impunidad en las situaciones que no son remitidas por un Estado parte o el CSNU y el Fiscal decidiera cerrar el examen preliminar de oficio. Al no tener estas decisiones una revisión judicial, se perpetuaría la impunidad, infringiendo con ello el objeto y fin del Estatuto. Así, la justicia dependería en gran medida de cuestiones políticas⁴⁶.

⁴⁴ CPI, *Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. ICC-02/17-138-Anx-Corr, pár. 2.

⁴⁵ *Ibid.*, pár. 3, núm. iii.

⁴⁶ *Ibid.*, pár. 7, núm. v.



2. Los arts. 15 y 53(1) del ECPI no deberían ser entendidos como dos disposiciones separadas sobre el examen preliminar. Por el contrario, deben leerse sistemáticamente en su contexto mutuo, porque la Parte V del Estatuto regula con más detalle cuestiones relativas a la “investigación y el enjuiciamiento” tratadas en la Parte II sobre “competencia, admisibilidad y ley aplicable”.

3. El artículo 15 del ECPI no debería ser leído en clave de discrecionalidad absoluta en cabeza de la Fiscalía. Si bien la norma referenciada utiliza la expresión “podrá” al indicar que queda en manos de la Fiscalía abrir o no una investigación, también recoge que esta presentará a la SCP su solicitud de apertura. Por lo tanto, se debería entender que las potestades de investigación de la Fiscalía no son de carácter absoluto, e interpretar este artículo de esta manera es contrario a lo que indica su lectura holística⁴⁷.

4. La correcta administración de justicia requiere de un sistema de *checks and balances*. Aceptar que las decisiones de la Fiscalía están blindadas frente a toda revisión judicial resulta anti-garantista⁴⁸, pudiendo afectar a los derechos de los involucrados⁴⁹. Incluso, el propio fin del artículo 53(3)(b) parece ser el de evitar este tipo de blindajes frente a las decisiones del Fiscal.

5. Bajo los principios de libertad de acción presunta y legalidad en el derecho internacional, los intérpretes de las normas no pueden limitar o negar el acceso a derechos, a menos de que esta posibilidad esté expresamente reconocida en la ley⁵⁰.

En consecuencia, se puede afirmar que la opinión disidente de la jueza Ibáñez sigue la posición adoptada por la SCP II en la situación de Kenia, en contraste con la posición acogida por la Mayoría de la SA en la situación Afganistán y la SCP I en la situación en Colombia. Además, excepto por la escueta explicación dada por esta última, el resto de las interpretaciones constituyen todas ellas *obiter dicta*.

3.3. Interpretación del art. 15(3) y (6) conforme al art. 21(3) del ECPI

Ante una situación tan compleja como la aquí descrita, el criterio general del art. 21(3) del ECPI exige, como hemos visto, que cualquier interpretación adoptada sea conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. En particular, en lo que se refiere a la participación de las víctimas en las actuaciones de los arts. 15 y 53 del ECPI, lo que está en juego son sus derechos fundamentales al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo.

Al interpretar el art. 53(3)(b), afirmamos que, para garantizar a las víctimas una participación que permita esclarecer la verdad, prevenir la impunidad y cesar las graves violaciones de DDHH, es necesario permitir, en primer lugar, su intervención en las actuaciones a través de las cuales se decide si los crímenes internacionales cometidos en una determinada situación van a ser, o no, objeto de investigación por la Fiscalía.

⁴⁷ *Ibid.*, pár.7, núm. vi.

⁴⁸ *Ibid.*, pár. 7, núm. vii.

⁴⁹ *Ibid.*, pár. 7, núm. xi.

⁵⁰ *Ibid.*, pár. 7, núm. x.



Según la Mayoría de la SA y la SCP I los intereses de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y sus derechos fundamentales al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo, parecerían estar suficiente salvaguardados por el art. 15 (6) del ECPI, que les permite enviar cuantas comunicaciones deseen a la Fiscalía en relación con los hechos padecidos (y otros actos similares cometidos en la misma situación) y los elementos de prueba que los podrían acreditar. No sería, por tanto, necesario proveer una instancia de revisión judicial, externa a la Fiscalía, ni tan siquiera cuando la decisión de cerrar el examen preliminar por esta última no responda a criterios jurídicos, sino que se funde en el tipo de consideraciones políticas que caracterizan el ejercicio del principio de oportunidad, cuando este se basa en criterios de discrecionalidad no reglada como aquellos recogidos en la expresión “intereses de la justicia”.

Sin embargo, según el análisis realizado en la sección 2.2, los organismos que forman parte de los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos no parecen estar de acuerdo con esta interpretación, dado el énfasis que ponen en la necesidad de revisión externa, de naturaleza judicial, de las decisiones de la Fiscalía que tienen un impacto tan profundo en los derechos e intereses de las víctimas como la resolución de cierre del examen preliminar sobre una determinada situación conforme al art. 15 (3) del ECPI. Y es, precisamente, esta última interpretación la que es determinante para dotar de contenido, en el caso concreto, al criterio general de interpretación previsto en el art. 21(3).

4. Conclusión

El presente trabajo ha tratado de responder las dos preguntas de investigación formuladas en la introducción. La primera, respecto a si es posible que las víctimas puedan acudir a la SCP y solicitar una revisión de oficio en el contexto del art. 53(3)(b) del ECPI. La segunda, relativa a si esto es también posible en relación con la decisión de la Fiscalía de cerrar el examen preliminar conforme al art. 15 (3) y (6). Para ello, se han analizado las disposiciones estatutarias a la luz de los arts. 21 del ECPI y 31 y 32 de la Convención de Viena.

En relación con la primera cuestión, existen tres factores que llevan a responderla en sentido afirmativo: (a) la interpretación teleológica del art. 53(3)(b) del ECPI a la luz de los fines estatutarios de poner fin a la impunidad y promover la participación de las víctimas en las actuaciones; (b) el contenido de los derechos fundamentales de las víctimas al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo; y (c) la propia arquitectura de *checks and balances* sobre la que está construida el Estatuto, y en particular, el art. 53(3)(b), según la cual toda decisión de la Fiscalía de no abrir la investigación porque no redundaría en interés de la justicia debería ser sometida a la revisión judicial por la SCP.

La respuesta a la segunda pregunta es ciertamente más compleja por la concurrencia en la interpretación del art. 15 (3) y (6) de dos factores importantes que no son aplicables en relación con el art. 53(3)(b). Por un lado, la jurisprudencia de la Corte, que, si bien es limitada, contradictoria y consistente en gran medida en *obiter dicta*, a raíz de la posición adoptada por la Mayoría de la SA en la situación en Afganistán, parece inclinarse, al menos en cierta medida, por la estricta separación entre las actuaciones de los arts. 15 y 53, de modo que el



mecanismo de revisión previsto en el art. 53(3)(b) no sería aplicable a las decisiones de la Fiscalía de cierre del examen preliminar conforme al art. 15 (3).

Por otro lado, la arquitectura de *checks and balances* sobre la que parece estar construido el art. 15 del ECPI, tal y como reflejan los trabajos preparatorios: (a) limitan la intervención de la SCP a las solicitudes de autorización para la apertura de investigación por la Fiscalía; y (b) atribuyen a la Fiscalía el control pleno sobre la decisión de iniciar propio motu un examen preliminar y de cerrarlo sin proceder a la investigación.

Sin embargo, esta construcción entra en franca contradicción con los fines estatutarios de acabar con la impunidad y fomentar la participación de las víctimas y, sobre todo, parece infringir los estándares internacionales relativos al contenido de los derechos fundamentales de las víctimas al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo.

En consecuencia, ni un *obiter dicta* de la Mayoría de la SA, ni una escueta remisión de la SCP I a dicho *obiter dicta*, pueden ser suficientes para decidir una cuestión de naturaleza constitucional, como la relativa a si la arquitectura de *checks and balances* prevista por los redactores del Estatuto puede primar sobre los estándares internacionales de derechos humanos de las víctimas y los fines estatutarios de promover su participación y terminar con la impunidad de los máximos responsables de los crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto.

Esta conclusión se refuerza si tenemos en cuenta la función crucial que el art. 21 (3) del ECPI atribuye a dichos estándares en el sistema de fuentes de la CPI.

Referencias bibliográficas

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *Situation in the Republic of Kenya. Pre-trial Chamber II. Decision on the “Victims’ request for review of Prosecution’s decision to cease active investigation.* Doc.: ICC-01/09.

CPI, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Pre-trial chamber II. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan of April 12 2019.* Doc ICC-02/17.

CPI, *Prosecution Appeal Brief of September 30 2019.* ICC-02/17.

CPI, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Appeals Chamber. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan of March 5 2020.* Doc ICC-02/17 OA4.

CPI, *Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of an*



investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan. ICC-02/17-138-Anx-Corr.

CPI, *Situation in Colombia, President of the Pre-Trial Division, Request for review of the Prosecutor's decision of 28 October 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia, April 27 2022. ICC-RoC46(3)-01/22-1-Red.*

CPI, *Situation in Colombia, Pre-Trial Chamber I, Decision on the request for review of the Prosecutor's decision of 28 October 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia and related requests, July 22 2022. Doc. No. ICC-RoC46(3)-01/22.*

Corte Internacional de Justicia

CIJ. (1982). *Judgement. Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya).*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. (2003). Fondo, Reparaciones y Costas. “Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”. Sentencia 25 de noviembre del 2003.

Corte IDH. (2010). *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. “Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México”.* Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte IDH. (2019). Fondo, Reparaciones y Costas. “Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador” Sentencia de 4 de febrero de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. (2018). *Judgement. “Case of Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal”.*

Doctrina

Olásolo, H. (2005). “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”. *La Ley*. Núm. 6343.

Remiro, A. (2010). “Derecho Internacional. Curso General”. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 376.

Vega, P. (2006). “El Papel de Las Víctimas en los Procedimientos ante La Corte Penal Internacional: Sus Derechos y las Primeras Decisiones de la Corte”. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*. Núm. 5 Pp. 19.

Informes, resoluciones y otros documentos

CIDH. (2007). “El Acceso a La Justicia Como Garantía de Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Pár. 164.

Consejo de Europa. (1950). “Convención Europea de Derechos Humanos”.



Consejo de Europa. (2009). “Declaración de Bordeaux”.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998).
ICTJ. (2016). “Handbook on complementarity”. Pp. 43.
https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf
OEA. (1948). “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.
OEA. (1969). “Convención Americana sobre Derechos Humanos”.
ONU. (1966). “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.
Organización para la Unión Africana. (1983). “Carta Africana de Derechos Humanos y de los
Pueblos”. Artículo 7.
PCNICC. (1999). “Proposal by France on Rules of Procedure and Evidence Part 3, section 3,
subsection 1”. <https://legal-tools.org/doc/0d4ad9/pdf>.
PCNICC. (1999). “Proposal submitted by Australia. Draft Rules of Procedure and Evidence
of the International Criminal Court”. Pp. 32. Rule 56.
Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. (2000).

