

UNA REFLEXIÓN SOBRE EL VALOR PROBATORIO ASIGNADO A LOS INFORMES DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A LA LUZ DEL CASO “GBAGBO Y BLÉ GOUDÉ”

SOME REMARKS ON THE PROBATIVE VALUE ASSIGNED TO THE REPORTS OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT IN THE LIGHT OF ‘GBAGBO AND BLÉ GOUDÉ’ CASE

CARMEN MONTERO FERRER*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CAMINO DE LA FISCALÍA HACIA LAS ‘OPEN-ENDED INVESTIGATIONS’: ¿UNA MENOR DEPENDENCIA DE LOS TERCEROS AJENOS A LA ‘CORTE’? III. LA INTERPRETACIÓN DEL ‘VALOR PROBATORIO’ DE DICHS ‘INFORMES’ EN LA JURISPRUDENCIA DE LA ‘CORTE’. IV. EL EXAMEN PREVIO A LA ADMISIÓN: ¿Y LOS DERECHOS DEL ACUSADO? V. CONCLUSIONES.

RESUMEN. Entre los días 22 y 24 de junio de 2020, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional celebró las audiencias del caso “Gbagbo y Charles Blé Goudé”. En ellas, las partes formularon sus observaciones respecto al supuesto error en el que incurrió la Sala de Primera Instancia en su sentencia de absolución al no aplicar un estándar de prueba claramente definido ni valorar suficientemente las pruebas disponibles, incluyendo los informes de organizaciones no gubernamentales¹. Al hilo del debate originado en este caso, el presente trabajo analiza el valor probatorio asignado en la jurisprudencia de la CPI a dichos informes y estudia si su admisión como prueba en los procedimientos contravendría los derechos del acusado.

Fecha de recepción del trabajo: 3 de septiembre de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de marzo de 2021.

* Carmen Montero Ferrer. Investigadora posdoctoral contratada por la Universidad de Santiago de Compostela. Estancia de investigación Université Laval (Canadá) 2018-2020. Becaria posdoctoral de la Xunta de Galicia, convocatoria 2018-2020. Modalidad A. Miembro del Grupo de Estudios Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela GI1138 (GRESIN). Este trabajo forma parte del proyecto más amplio “Contribuciones de la sociedad civil a la rendición de cuentas por crímenes internacionales. Especial referencia a la Corte Penal Internacional”, financiado a través de dicha convocatoria (carmen.montero.ferrer@usc.es)

¹ Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, ICC-02/11-01/15-1270, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Notice of Appeal*, 16 de septiembre de 2019, al día siguiente se presentó una versión corregida, ICC-02/11-01/15-1270-Corr, *Correct version of ‘Prosecution Notice of Appeal’*, 17 de septiembre de 2019.

ABSTRACT: Between June 22 and 24, 2020, the Appeals Chamber of the International Criminal Court held the appeal hearings in the Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé case. In them, the parties made their observations regarding the alleged error made by the Trial Chamber I in the acquittal pronouncement in failing to apply a clearly defined standard of proof or to sufficiently assess the available evidence, including the reports from non-governmental organizations. In the light of the debate originated in this case, this paper analyse the probative value assigned to these reports in the jurisprudence of the ICC. Also, it is analysed whether the admission of these reports goes against the rights of the accused.

PALABRAS CLAVE: organizaciones no gubernamentales, Corte Penal Internacional, valor probatorio, informes, pruebas.

KEYWORDS: non-governmental organizations, International Criminal Court, probative value, reports, evidences.

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de enero de 2019, la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional absolvió al ex presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, y a su ministro de la juventud, Charles Blé Goudé, de todos los cargos de crímenes de lesa humanidad presuntamente perpetrados en el país africano entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril de 2011², en el marco de la violencia poselectoral que siguió a la elección de Alassane Outarra como presidente³. En su decisión oral, los jueces de la mayoría, a excepción de la jueza Herrera Carbucciona que formuló una opinión disidente⁴, consideraron que la Fiscalía no había probado suficientemente la responsabilidad de los

² Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-02/11-01/15-T-232-ENG-ET-WT, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Transcript*, 15 de enero de 2019.

³ En 2010, la violencia estalló en Costa de Marfil tras las elecciones presidenciales que tuvieron lugar en noviembre cuando el presidente en ejercicio Laurent Gbagbo no reconoció la victoria de su oponente, Alassane Ouattara. En octubre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares III autorizó la apertura de una investigación *motu proprio* en el país. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares III, ICC-02/11, *Situación en Costa de Marfil*, 15 de noviembre de 2011. Los cargos de crímenes de lesa humanidad fueron confirmados en 2014. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-02/11-01/11-656-Red, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo*, 12 de junio de 2014. En el mismo año, la Sala de Cuestiones Preliminares I confirmó los cargos contra Charles Blé Goudé, un político marfileño que ocupaba el puesto de Ministro de Deportes y Juventud en 2010 bajo el mandato de Laurent Gbagbo. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-02/11-02/11-186, *Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, 11 de diciembre de 2014. La Sala de Primera Instancia I unió ambos casos en 2015. Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-02/11-01/15-1, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Decision on Prosecution request to join the cases of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and The Prosecutor v. Charles Blé Goudé and related matters*, 11 de marzo de 2015. Ambos fueron acusados de haber cometido crímenes de lesa humanidad (asesinato, violación y otros actos inhumanos, o subsidiariamente, asesinato en grado de tentativa y persecución) presuntamente cometidos en el contexto de la violencia poselectoral que se desató en Costa de Marfil entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril de 2011.

⁴ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-02/11-01/15-1234, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Dissenting Opinion to the Chamber's Oral Decision of 15 January 2019*, 15 de enero de 2019.

acusados. La Sala concluyó que ésta falló en su propósito de demostrar varios elementos constitutivos de los crímenes imputados. En concreto, los jueces no consideraron probada la existencia de un plan común dirigido a mantener a Laurent Gbagbo en el poder, que hubiese dado lugar a la comisión de crímenes contra la humanidad “de conformidad con o en cumplimiento de una política estatal u organizativa”, ni la concurrencia de patrones de violencia que permitiesen deducir la vigencia de una “política para atacar a la población civil”⁵.

Unos meses después, concretamente el 19 de julio de 2019, la Sala de Primera Instancia I publicó las razones escritas a esta decisión⁶. Junto a dicho documento, los tres jueces del caso realizaron análisis separados sobre el tema de la prueba. Cabe destacar el que llevó a cabo el juez Henderson, quién justifica la absolución de los acusados en que las acciones y omisiones descritas por la Fiscalía no se sostienen por la evidencia presentada⁷.

En particular, el juez Henderson desestimó de manera reiterada los informes de Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales y de medios de comunicación, al considerar que habían sido elaborados a partir de rumores anónimos⁸. En su opinión, aunque en ciertas ocasiones se puede asignar valor probatorio a la prueba basada en rumores, éste no sería el caso porque la fuente de información era desconocida⁹. Por su parte, la jueza Carbuccia considera que dichos informes servirían para corroborar las pruebas directas y establecer el contexto que rodea la comisión de estos crímenes¹⁰.

⁵ Véase el artículo 7 de los Elementos de los Crímenes, Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer periodo de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3. Corr.1, parte II.B. Un estudio detallado sobre los elementos de los crímenes de lesa humanidad puede encontrarse en: WERLER, G. & JESSBERGER, F., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. En relación a las dificultades para probar el umbral de los crímenes contra la humanidad en la sentencia de primera instancia en el caso “Gbagbo y Blé Goudé”, véase el análisis realizado por QUESADA ALCALÁ, C., “Un fracaso más de la Fiscalía de la CPI?: la Decisión de la Sala de Primera Instancia I en la situación de la República de Costa de Marfil en el caso Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, de 15 de enero de 2019, y la sentencia de la sala de apelaciones, de 1 de febrero de 2019, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°38, 2019. Para una visión general sobre el umbral de prueba requerido en el sistema del Estatuto de Roma para concluir la existencia de crímenes de lesa humanidad, puede consultarse: MCAULIFFE DE GUZMÁN, M., “The Road from Rome: The Developing Law of Crimes Against Humanity”, *Human Rights Quarterly*, vol 22, n°2, 2000, p.337; y, VON HEBEL, H. & ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en Lee, R (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 1999, pp. 96-97.

⁶ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-02/11-01/15, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Reasons for oral decision of 15 January 2019 on the Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquiescement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée, and on the Blé Goudé Defence no case to answer motion*, 16 de julio de 2019.

⁷ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-02/11-01/15-1263-AnnB-Red, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Reasons of Judge Geoffrey Henderson*, 16 de julio de 2019.

⁸ *Ibid.*, párr. 189, 202, 1102, 1151, 1321, 1801.

⁹ *Ibid.*, párr. 43.

¹⁰ Para la magistrada, dichos informes mejoran la confianza sobre la existencia de los patrones de criminalidad que describen, los denominados ‘patrones generalizados de conducta’, mientras que otras

A este respecto, merece la pena recordar que ya en 2013 la Sala de Cuestiones Preliminares I aplazó la confirmación de cargos en este caso y extendió el plazo para que la Fiscalía recabase nuevas pruebas¹¹, tras observar con preocupación que dicho órgano se había apoyado en exceso en informes de organizaciones no gubernamentales para probar los elementos de los crímenes de lesa humanidad¹².

Lamentablemente, lo ocurrido en este caso no es una excepción, sino que evidencia una vez más la problemática en materia de obtención de prueba que afronta la Fiscalía de la CPI desde el inicio de sus actividades. Ante la falta de una fuerza policial internacional propia, dicho órgano es el encargado de llevar a cabo esta tarea, que habrá de realizar salvando los obstáculos que supone la investigación y persecución de crímenes internacionales lejos del lugar en el que se cometieron¹³. En concreto, los investigadores deberán: recopilar pruebas que cumplan con los estándares probatorios requeridos en el Estatuto de Roma (ER), que a menudo se limitan al testimonio de testigos, vencer las dificultades para acceder al terreno, hacer frente a la habitual renuencia de los estados a cooperar en las investigaciones¹⁴, arrostrar la escasez de recursos personales, temporales y económicos, y sufrir las consecuencias de trabajar en un entorno inseguro¹⁵.

Bajo estas circunstancias, la Fiscalía ha seguido una estrategia consistente en realizar investigaciones cortas y focalizadas persiguiendo únicamente a aquellos presuntos autores que tendrían la mayor responsabilidad por la comisión de los crímenes más graves¹⁶, llevando a cabo investigaciones dotadas con escasos recursos económicos durante un corto periodo de tiempo, para lo que se ha servido de pequeños equipos de investigadores internacionales con poca presencia en el terreno¹⁷.

pruebas más específicas dan cuenta de los incidentes concretos y las responsabilidades de los autores. Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Dissenting Opinion Judge Herrera Carbuccia*, 16 de julio de 2019.

¹¹ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-02/11-01/11-432, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61 (7) (c) (i) of the Rome Statute*, 3 de junio de 2013, párr. 25.

¹² *Ibid.*, párrafo 35.

¹³ DE VOS, C.M., “Investigating from Afar: The ICC’s Evidence Problem”, *Leiden Journal of International Law*, nº 26, 2013, pp. 1009-1024.

¹⁴ En consecuencia, a la Fiscalía le resulta muy difícil recopilar prueba para procesar a los actores estatales. Por ello, hay quien plantea que quizá la ‘Corte’ sea un tribunal centrado únicamente en investigar y enjuiciar a los actores no estatales. MEGRET, F., “Is the International Criminal Court Focusing Too Much on Non-State Actors?”, en Diane Marie Amann y Margaret deGuzmán (eds.), *Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas*, Oxford University Press, New York, 2018. Un análisis respecto a la comisión de crímenes de guerra y lesa humanidad por parte de los actores no estatales, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional al respecto, puede encontrarse en: ROCHA HERRERA, M., “Grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares. ¿Pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al Derecho penal internacional?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol 4, nº 1, 2016.

¹⁵ DEL PONTE, C., “Investigation and Prosecution of Large-Scale Crimes at the International Level”, *Journal of International Criminal Justice*, nº4, 2006, pp. 539-558.

¹⁶ Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1 de febrero de 2011, p. 5.

¹⁷ GLASSBOROW, K., “ICC Investigative Strategy on Sexual Violence Crimes under Fire”, Institute for War & Peace Reporting, 27 de octubre de 2008. Disponible en: <https://iwpr.net/global-voices/icc->

Con el propósito de hacer frente a algunos de estos desafíos, la Fiscalía suele confiar muchas de sus funciones en materia de investigaciones a individuos, asociaciones locales, organizaciones no gubernamentales y otros actores de la sociedad civil que, ya sea de manera informal o en virtud de un acuerdo, le proporcionan información¹⁸, recopilan prueba y establecen contacto con víctimas y testigos, entre otras actividades¹⁹.

Sin embargo, y a pesar del destacado papel que ejercen en las investigaciones, la intervención de estos actores no está convenientemente regulada ni en el ER ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP). De hecho, las únicas referencias al respecto las encontramos en el artículo 15.2 ER, acerca del envío de comunicaciones a la Fiscalía, y en el artículo 44.4 ER, que faculta a la ‘Corte’ a demandar la colaboración de las organizaciones no gubernamentales cuando concurren “circunstancias excepcionales” no concretadas en el citado precepto. Por su parte, la Fiscalía se limita a apuntar en el documento *Prosecutorial Strategy 2009-2012* que “las organizaciones no gubernamentales podrán contribuir a sus actividades durante la fase de examen preliminar, las investigaciones y el procesamiento”²⁰.

Como ya hemos anunciado con anterioridad, el caso “Gbagbo y Blé Goudé” ilustra a la perfección los problemas que afronta la Fiscalía para llevar a juicio casos bien fundados jurídicamente, donde los cargos imputados al acusado se sostengan en pruebas que cumplan con el estándar requerido.

A la vista de lo anterior, basándonos en las críticas a la Fiscalía realizadas por parte de los jueces en éste y otros casos, respecto al uso de informes de organizaciones no gubernamentales en los procedimientos, así como en las incongruencias y divergencias interpretativas de los jueces en la valoración de la prueba; en lo que sigue, examinaremos el valor probatorio de estos informes a la luz de la jurisprudencia de la ‘Corte’ con el propósito de conocer el impacto real que tienen estos informes en las decisiones de las Salas.

Para ello, en un primer epígrafe se contextualiza la cuestión, tratando los aspectos generales de las estrategias y prácticas seguidas por la Fiscalía en sus investigaciones.

[investigative-strategy-under-fire](#); Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, 2 de septiembre de 2003.

¹⁸ Es habitual la utilización errónea de los términos ‘organización no gubernamental’ y sociedad civil como sinónimos. Este último es más amplio, pues comprende también a los individuales, grupos y asociaciones que se unen para avanzar en colectividad hacia la consecución de una meta. Esta definición y un estudio exhaustivo sobre el tema se recogen en: OUTHWAITE.O., “The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in Combating Corruption: Theory and Practice, *Suffolk University Law Review*, vol. XLIV, n° 3, 2011. Al respecto, véase también la diferenciación entre ambos términos en Foro Económico Mundial, *The Future Role of Civil Society*, 2013. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FutureRoleCivilSociety_Report_2013.pdf.

¹⁹ Esta posibilidad se planteó desde el inicio de la actividad judicial de la Corte Penal Internacional. Véase al respecto: MCKAY, F., ‘The Role of Human Rights NGOs in Relation to ICC Investigations’, *Discussion Paper. Distributed for comments to members of the NGO Coalition for the International Criminal Court during the Third Session of the ICC Assembly of States Parties*, The Hague, Human Right First, 2004.

²⁰ *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, *op.cit.*, párrafo 8.

En un segundo epígrafe, nos centraremos en el examen del valor probatorio asignado a los informes de organizaciones no gubernamentales por los jueces de la ‘Corte’ en varios casos recientes. En el tercer epígrafe se estudia la posible contravención que su admisión pudiera causar en el respeto a los derechos del acusado. Por último, se recogen unas breves conclusiones.

II. EL CAMINO DE LA FISCALÍA HACIA LAS ‘OPEN-ENDED INVESTIGATIONS’: ¿UNA MENOR DEPENDENCIA DE LOS TERCEROS AJENOS A LA ‘CORTE’?

La principal función de la Fiscalía es investigar los crímenes comprendidos en el Estatuto de Roma²¹, tarea que debe ejercer con objetividad, imparcialidad e independencia²². Es además el único órgano de la ‘Corte’ que tiene asignada dicha función. Así, siguiendo la máxima del principio penal acusatorio que impera en la parte v del ER titulada ‘De la investigación y el enjuiciamiento’, el procesamiento del acusado depende exclusivamente del resultado de las investigaciones realizadas por la Fiscalía y la determinación formal de los cargos imputados contra él²³.

En este sentido, la Fiscalía ha subrayado que la cantidad y calidad de la prueba incriminatoria y “exonerativa” que se encuentre a su disposición, la posibilidad de contar con prueba adicional y los riesgos de que tales evidencias se extravíen, son factores clave para valorar la conveniencia de abrir un caso y la viabilidad del mismo²⁴. Sin embargo, y a pesar de ser la cuestión probatoria un tema central en la ‘Corte’, el ER

²¹ Además, la Fiscalía puede proponer enmiendas a los Elementos de los Crímenes siguiendo el artículo 9.2. c ER, y a las Reglas de Procedimiento y Prueba, en virtud del artículo 51.2. c ER. En todo caso, hay que tener en cuenta que el artículo 56.3 ER contempla la posibilidad de que las Salas puedan adoptar ciertas medidas en las investigaciones.

²² Lo que no impide que algunas de sus decisiones se sometan al control judicial de las Salas de la CPI. Véase el artículo 15.4 ER, relativo a la necesidad de que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice la apertura de una investigación cuando ésta haya sido iniciada *motu proprio* por la Fiscalía, y el artículo 53.3 ER, que dispone que la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio o a petición del estado que haya remitido el asunto, revisar la decisión de la Fiscalía de no proceder con una investigación. En este sentido, resulta interesante conocer el reciente trabajo de Esperanza Orihuela sobre el error de derecho en el que incurrió la Sala de Cuestiones Preliminares al denegar al Fiscal la autorización para abrir una investigación en Afganistán. 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*, n° 39, 2020, pp. 1-19.

²³ RÖBEN, V., “The Procedural of the ICC: Status and Function of the Prosecutor”, *Max Planck UNYB7*, 2003, p. 521.

²⁴ Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 15 de septiembre de 2016, párr. 51.a) y nota 48. La Fiscalía aclara que no considera la viabilidad operativa del caso (‘feasibility’) como un criterio para determinar su apertura y sí como un factor de priorización en la selección de casos. Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 2013, párr. 70.

guarda silencio sobre las estrategias y mecanismos que deberían emplearse para la obtención de elementos de prueba en el terreno²⁵.

Con la intención de colmar esta laguna, la Fiscalía, consciente de los escasos recursos económicos y personales de los que dispone²⁶, adoptó tempranamente una estrategia de política criminal consistente en realizar investigaciones cortas (en términos temporales) y focalizadas²⁷. Lo que implica que la investigación y enjuiciamiento se centra únicamente en los considerados como mayores responsables por la comisión de los crímenes más graves; y también, la escasa presencia de investigadores en el terreno y el bajo presupuesto destinado a recabar información veraz sobre la comisión de crímenes²⁸, en detrimento de la calidad y cantidad de la prueba obtenida durante las investigaciones²⁹.

Los jueces de la ‘Corte’ han expresado reiteradamente su inquietud, preocupación y disconformidad con las estrategias, prácticas y métodos empleados por la Fiscalía en sus investigaciones. En su opinión, la Fiscalía ha llevado casos a juicio que no estaban suficientemente fundados a nivel probatorio³⁰. Así, han criticado que la Fiscalía construya el relato de los hechos basándose mayoritariamente en prueba circunstancial³¹, que no verifique la credibilidad de la prueba recibida faltando a su obligación de revisarla conforme a lo dispuesto en el artículo 54. 1. a) ER³², y el uso excesivo de informes elaborados por terceros ajenos a la ‘Corte’ para constatar la comisión de los crímenes³³.

Recientemente, la Fiscalía ha renovado su estrategia de investigación y persecución mediante la adopción del *Strategic Plan 2019-2021*, con el propósito de encarar las

²⁵ CALVO-GOLLER, K., *The Trial Proceedings of the International Criminal Court, ICTY and ICTR Precedents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden y Boston, 2006, p.50.

²⁶ AMBOS, K, STEGMILLER, I., “Prosecutorial international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?”, *Crime Law Soc. Change*, n° 59, 2013, pp.415-437.

²⁷ Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Report on Prosecutorial Strategy*, 14 de septiembre de 2006, p.5, párrafo 2.b; Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1 de febrero de 2010, p. 6, párr.20.

²⁸ BAYLIS, E., “Outsourcing Investigations”, *Legal Studies Research Paper Series, Working Paper*, n° 2010-20, 2009, pp.121-147.

²⁹ GROOME, D., “No witness, no case: An assessment of the Conduct and the Quality of Investigations”, *Penn State Journal of Law & International Affairs*, vol.3, n°1, 2014.

³⁰ TAYLOR, M., “Due Process Lessons Learned in the Wake of the Blé Goudé & Gbagbo Acquittal. Lessons from the Gbagbo and Blé Goudé Case & ICC Review”, *Africa Legal Aid Quarterly*, Special Edition, 2019, p.12.

³¹ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Reasons of Judge Geoffrey*, 16 de julio de 2019, párr. 78.

³² Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia V, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, ICC-01/09-02/11-728-Anx2, 26 de abril de 2013, párr.4.

³³ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-01/04-01/10, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges*, 16 de diciembre de 2011, párr. 120.

dificultades derivadas de la puesta en práctica de ‘investigaciones focalizadas’ de las que nos hemos hecho eco en este apartado³⁴.

En el epígrafe denominado ‘Strategic Goal 2’, el citado documento señala que la Fiscalía continuará dirigiendo sus esfuerzos a investigar y perseguir a los mayores responsables por los crímenes más graves a través de dos vías. De esta manera, podría optar por abrir casos muy amplios que representan la totalidad de los delitos por los cuales se responsabiliza al considerado culpable, o por casos más limitados en términos de delitos y responsabilidad penal, *dependiendo de las pruebas* que tenga la Fiscalía a su disposición³⁵.

Merece la pena hacer hincapié en esta idea, ya que la Fiscalía parece dispuesta a abandonar la práctica seguida hasta ahora consistente en formular la hipótesis de un caso en abstracto y posteriormente buscar pruebas que la sustenten. Dicha práctica puede dar lugar a que se pasen por alto hechos constitutivos de cargos no previstos inicialmente, provocar que las pruebas presentadas sean débiles³⁶, y explicaría, en opinión de algunos autores, el uso de información recabada por terceros ajenos a la ‘Corte’³⁷.

En su lugar, afirma que su intención a partir de ahora es realizar investigaciones abiertas (‘open-ended investigations’). En éstas se construye la teoría del caso y definen los cargos imputados al acusado a partir de las pruebas recabadas por sus investigadores³⁸, siendo residual o nulo el uso de información recopilada por terceros ajenos a la ‘Corte’. Aunque se espera la implementación de esta estrategia a corto plazo, hasta ahora la Fiscalía ha presentado con frecuencia informes elaborados por terceros ajenos a la ‘Corte’ como pruebas en los procedimientos. Como hemos avanzado, la discusión sobre su valor probatorio ha resurgido últimamente a raíz del caso “Gbagbo y Blé Goudé”. En este sentido, las divergencias interpretativas surgidas entre los jueces del caso ponen de relieve que ésta no es una discusión agotada ni superada en la ‘Corte’.

³⁴ Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Strategic Plan 2019-2021*, 17 de julio de 2019.

³⁵ La cursiva es nuestra. *Idem.*, pp.15 y 19, párr. 24.

³⁶ HAYES, N., “Sisyphus Wept: Prosecuting Sexual Violence at the International Criminal Court”, en SCHABAS, W., HAYES, N., (eds.), *Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Aldershot, Ashgate, 2013. Sirva como ejemplo el hecho de que Laurent Gbagbo estaba ya detenido cuando la Fiscalía solicitó su arresto a la Sala de Cuestiones Preliminares. Dada la premura con la que se sucedieron los acontecimientos, la Fiscalía podría no haber investigado suficientemente los hechos, comprobado la fiabilidad de su propia prueba, ni verificado la hipótesis del caso. En esta ocasión, la ‘Corte’ utilizó una ‘sealed warrant’, un instrumento procesal habitual en algunos países de tradición jurídica de common law. Así, el arrestado ya lo estaba en el momento de levantarse el secreto sobre la orden de detención emitida contra él, aunque su arresto se mantuvo oculto durante un periodo de tiempo determinado con el propósito de garantizar la seguridad del arrestado o proteger el trabajo de la Fiscalía. Véase al respecto: Corte Penal Internacional, ICC-PIDS.CIS.CIV.04.04/20-Eng, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, Case Information Sheet*, septiembre de 2019.

³⁷ PUTT, A., “Legal Constraints on the Use of Intermediaries in International Criminal Investigations”, en BABINGTON-ASHAYE, A., COMRIE, A., ADENIRAN, A (eds.), *International Criminal Investigations. Law and Practice*, Eleven International Publishing, Canadá, 2018, pp. 171-191.

³⁸ *Strategic Plan 2019-2021, op. cit.*, p.4.

III. LA INTERPRETACIÓN DEL ‘VALOR PROBATORIO’ DE DICHOS ‘INFORMES’ EN LA JURISPRUDENCIA DE LA ‘CORTE’

En el sistema de la CPI, la cuestión sobre la admisibilidad de la prueba se recoge en los artículos 64. 9 y 69.4 ER. En virtud de este último precepto, los jueces de la ‘Corte’ al decidir sobre la admisión de una prueba concreta tendrán en cuenta “su *valor probatorio* y cualquier *perjuicio* que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo”³⁹. Dado que ni el ER ni las RPP definen ambos términos, los jueces gozan de un amplio margen de discrecionalidad en su interpretación, siendo frecuentes las disparidades entre ellos respecto a la admisibilidad de un mismo tipo de prueba⁴⁰.

Aunque una cierta flexibilidad interpretativa es necesaria, dadas las complejas circunstancias que rodean el proceso de obtención de prueba, las Salas han de evitar la desigualdad de trato a los acusados que menoscabaría la equidad del proceso⁴¹.

A este fin, las Salas han desarrollado en sus pronunciamientos un ‘test en tres fases’, que en cierta manera unifica el examen sobre la admisibilidad de pruebas. Este examen se basa en el análisis individualizado de cada material probatorio conforme a los criterios de relevancia, valor probatorio, y al resultado de sopesar este último con el potencial perjuicio que su admisión pudiera causar⁴². Si bien, como veremos a continuación, la interpretación de cada uno de los elementos que componen dicho ‘test’ continúa siendo dispar entre los jueces de la CPI.

Tomando en consideración el citado test, en lo que sigue se va a tratar de aclarar en un primer apartado el alcance y significado del término ‘valor probatorio’ dentro de la jurisprudencia de la CPI. Al hilo de lo anterior, en un segundo apartado, se determinan los criterios interpretativos adoptados por los jueces para valorar si las pruebas presentadas por la Fiscalía tienen o no valor probatorio, y en su caso, si serían admisibles. En ambos casos, el propósito de este trabajo es examinar dichos aspectos en relación a los informes elaborados por organizaciones no gubernamentales.

³⁹ La cursiva es nuestra.

⁴⁰ Los jueces no están vinculados por las resoluciones adoptadas previamente por otras Salas en materia de prueba. KLAMBERG, M., ‘Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events’, *International Criminal Law Series*, vol.2, 2013.

⁴¹ STHAN, C., *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 344.

⁴² Entre otras decisiones, el ‘test en tres fases’ es utilizado por las Salas para valorar la admisibilidad de la prueba en: Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia VI, ICC-01/04-02/06-411-619, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision on the conduct of proceedings*, 2 de junio de 2015; Sala de Primera Instancia III, ICC-01/05-01/08-2299-Red, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Public Redacted Version of ‘Decision on the Prosecutor’s Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64 (9) of the Rome Statute’ of 6 September 2012*, 8 de octubre de 2012; Sala de Primera Instancia II, ICC-01/04-01/07, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Prosecutor’s Bar Table Motions*, 17 de diciembre de 2010; Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/06-1399, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, Decision on the admissibility of four documents*, 13 de junio de 2008.

1. Alcance y significado del ‘valor probatorio’ como criterio de admisibilidad de la prueba

En virtud del ‘test en tres fases’ las Salas examinan en primer lugar la relevancia *prima facie* de la prueba. Se trata de determinar si ésta se refiere a cuestiones que están bajo consideración de las Salas en su investigación de los cargos imputados contra el acusado⁴³. En este sentido, el material probatorio ha de estar directamente relacionado con al menos uno de los aspectos a considerar y su presentación debe hacer que la existencia de un hecho parezca más o menos probable que si no se hubiese presentado⁴⁴.

Así, en la segunda fase del test de admisibilidad las Salas analizan el valor probatorio de la prueba presentada. Por tanto, al igual que los tribunales *ad hoc*⁴⁵, la ‘Corte’ considera la estimación positiva del valor probatorio de una prueba como un pre-requisito para su admisión.

El valor probatorio comprende dos factores; a saber, la fiabilidad de la prueba y el significado de la misma. Respecto al primero de ellos, en el que profundizaremos en el siguiente apartado, se ha de subrayar que la fiabilidad se establece a través de dos vías: primeramente, por medio del examen sobre su autenticidad, y en su defecto, mediante el análisis de ‘otros indicios’, tales como la imparcialidad de la fuente o el carácter público o privado de la información⁴⁶. El segundo factor, que las Salas de la ‘Corte’ han denominado ‘significado de la prueba’, se refiere a su capacidad para influir en la decisión de un asunto en particular. Dicho de otro modo, se trata de valorar el impacto real de una prueba; es decir, si su presentación realmente hace avanzar la investigación⁴⁷.

Por último, en la tercera fase del test, las Salas sopesan el valor probatorio de la prueba con el potencial perjuicio que pudiese causar su admisión. El objetivo es asegurar el

⁴³ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, ICC-01/05-01/08-2012-Red, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, *Public redacted version of the First decision on the prosecution and defence request for the admission of evidence*, 15 de diciembre de 2011, párr.14.

⁴⁴ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia V (a), ICC-01/09-1/11-1353, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, *Decision on the Prosecution’s Request for Admission of Documentary Evidence*, 10 de junio de 2014, párr.15; Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/07, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, *Decision on the Prosecutor’s Bar Table Motions*, 17 de diciembre de 2010, párr.16.

⁴⁵ Véanse la Regla 89. C) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, así como las decisiones: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Case No. IT-96-21, *Prosecutor v. Delalic*, *Decision on the Tendering of Prosecution Exhibits 104-108*, 9 de febrero de 1998, párr. 19; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones, Case No. ICTR-96-3, *Prosecutor v. Rutaganda*, *Judgement*, 26 de mayo de 2003, párr. 33.

⁴⁶ CARRIERI, M., ‘Open Source Evidence and the International Criminal Court’, *Harvard Human Rights Journal*, 15 april 2019, https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/#_ftn19

⁴⁷ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/07, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, *Decision on the Prosecutor’s Bar Table Motions*, 17 de diciembre de 2010, párr. 12 y 35.

cumplimiento de las garantías del proceso y el respeto de los derechos del acusado a un juicio justo recogidos en el artículo 67 ER⁴⁸.

2. La cada vez más restrictiva interpretación jurisprudencial de su ‘valor probatorio’

En varias ocasiones, las Salas de la ‘Corte’ han examinado el valor probatorio y la admisibilidad de informes elaborados por organizaciones no gubernamentales internacionales como Amnistía Internacional, Human Rights Watch o la Fédération Internationale des Droits de l’Homme, y también por organizaciones locales, presentados por la Fiscalía en los casos “Lubanga”⁴⁹, “Bemba”⁵⁰, “Katanga”⁵¹, “Ntaganda”⁵², Mbarushimana⁵³, “Gbagbo y Blé Goudé”⁵⁴, y “Ruto y Sang”⁵⁵, entre otros.

Dicha práctica está en sintonía con la seguida en otros tribunales internacionales donde las Fiscalías han presentado informes de organizaciones no gubernamentales directamente como pruebas en algunos casos. Si bien, su uso ha sido muy restringido por los jueces⁵⁶. Así, la Corte Especial para Sierra Leona admitió un informe de la

⁴⁸ Principalmente, el derecho a ser informado de los cargos que se le imputan, a ser juzgado sin retrasos indebidos, a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y estar asistido por un defensor de su elección, a no declarar contra sí mismo y guardar silencio, así como a disponer de tiempo y medios para preparar su defensa.

⁴⁹ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/06-1399, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, Decision on the admissibility of four documents*, 13 de junio de 2008.

⁵⁰ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, ICC-01/05-01/08-2721, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the admission into evidence of items deferred in the Chamber's Decision on the Prosecution's Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64(9) of the Rome Statute* (ICC-01/05-01/08-2299), 27 de junio de 2013.

⁵¹ ICC-01/04-01/07, *op.cit.*

⁵² Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia VI, ICC-01/04-02/06-1181, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision on Prosecution's first request for the admission of documentary evidence*, 19 de febrero de 2016.

⁵³ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/10-465 Red, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges*, 16 de diciembre de 2011, párr. 49-51.

⁵⁴ ICC-02/11-01/15, *op.cit.*

⁵⁵ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia V(A), ICC-01/09-01/11-1353, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecution's Request for Admission of Documentary Evidence*, 10 de junio de 2014.

⁵⁶ Los tribunales penales internacionales e internacionalizados han incorporado en sus reglas de procedimiento y prueba normas que permiten la presentación de declaraciones escritas o la transcripción de pruebas en lugar de aceptar únicamente testimonios orales (Regla 92 *bis* de las RPP del TPIY, TPIR y CESL). De esta manera, las Fiscalías de los tres órganos judiciales han presentado, en calidad de prueba documental, informes de organizaciones no gubernamentales que recogen declaraciones escritas sobre hechos constitutivos de crímenes comprendidos en la jurisdicción material de cada tribunal. Sin embargo, los jueces sólo han otorgado valor probatorio a estos informes para ilustrar el contexto en el que se produjeron los crímenes. Esto es, los citados tribunales, tratando de lograr un equilibrio entre las ventajas que se derivan de la admisión de prueba documental, fundamentalmente la mayor celeridad en el proceso, y el derecho de los acusados a examinar a los testigos en su contra, han concluido la adecuación de dichos informes para determinar los hechos que pertenecen al contexto general en el que ocurrieron los crímenes y el papel ejercido por el acusado en él. En definitiva, las probabilidades de que los informes elaborados

organización *No Peace Without Justice* directamente como prueba en el conocido como “caso CDF”⁵⁷, aunque sólo para probar el elemento contextual de los crímenes.

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha admitido como prueba ciertos informes de organizaciones no gubernamentales presentados a través de un testigo, que además era el autor del informe y quien había llevado a cabo las investigaciones. Así, el tribunal admitió como prueba en el procedimiento seguido contra Vlastimir Đorđević partes concretas del informe de *Human Rights Watch* ‘Under Orders: War Crimes in Kosovo’ y rechazó otro informe similar realizado por la misma organización⁵⁸. Respecto a este último, la Sala subrayó que aunque dicho informe tenía *prima facie* valor probatorio, no se podía concluir la fiabilidad de la información recogida en él, ya que el testigo que presentó el documento no había entrevistado personalmente a aquellos que formularon las declaraciones⁵⁹.

En la misma línea, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda admitió en el caso “Bizimungu” un informe de *Human Rights Watch* introducido en el procedimiento por su autor, el Dr. Binaifer Nowrojee, que testificó como experto, pero únicamente con el fin de ilustrar el contexto de los hechos alegados en la imputación de cargos⁶⁰.

Las Salas de la CPI han interpretado de forma cada vez más restrictiva el ‘valor probatorio’ de la prueba basada en rumores anónimos.

En un primer momento, los jueces de la Sala de Apelaciones en una decisión interlocutoria dictada en el caso “Lubanga” admitieron el uso de ciertos tipos de evidencia consistente en versiones redactadas de las declaraciones de testigos en la fase de confirmación de cargos⁶¹.

por organizaciones no gubernamentales sean admitidos en el proceso seguido ante estos tribunales aumentan si se refieren a hechos diferentes a los actos y conductas del acusado. Un análisis en profundidad sobre esta cuestión se puede encontrar en Richard May y Marieke Wierda, *International Criminal Evidence*, International and Comparative Criminal Law Series, Transnational Publishers, Brill-Nijhoff, 2002.

⁵⁷ Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Primera Instancia I, Case No. SCSL-04-14-T, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Moinina Fofana and Allien Kondewa*, *Decision on Prosecution’s Request to admit into Evidence certain documents Pursuant to Rule 92bis and 89.C*, 14 de julio de 2005.

⁵⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia II, IT-05-87/1-T, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, *Decision on Vlastimir Đorđević’s Motion to Deny Admission of Prosecution Documents MFI p7s7, MFI p7s6 and mfi p738*, 19 de mayo de 2009, párr. 6-9.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 6.

⁶⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia II, Case No. ICTR-99-50-T, *Prosecutor v. Casimir Bizimungu, Justin Mugenzi, Jérôme-Clément Bicamumpaka, Prosper Mugiraneza*, *Decision on the admissibility of the Expert Testimony of Dr. Binaifer Nowrojee*, 8 de julio de 2005.

⁶¹ Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, ICC-01/04-01/06 (OA6), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre Trial Chamber entitled ‘Second Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81’*, 14 de diciembre de 2006.

Unos años después, la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso “Katanga” aceptó la posibilidad de que este tipo de pruebas conserven su valor probatorio si son corroboradas por otras evidencias⁶². Posteriormente, en la sentencia dictada en contra de los acusados, la Sala de Primera Instancia II concluyó que las pruebas basadas en rumores anónimos han de ser valoradas con suma precaución, pero no pueden descartarse inmediatamente, sino que su valor probatorio se tiene que evaluar sobre la base del contexto y las condiciones en las que fueron obtenidas, teniendo en cuenta la imposibilidad de interrogar a la fuente de información⁶³.

Recientemente, sin embargo, los jueces en el caso “Gbagbo y Blé Goudé” han criticado que la Fiscalía use este tipo de informes en exceso para probar los elementos clave del caso⁶⁴. De este modo, la mayoría rechazó repetidamente los informes de organizaciones no gubernamentales, Naciones Unidas y medios de comunicación argumentando su bajo valor probatorio al basarse en rumores imposibles de verificar⁶⁵. Por su parte, la jueza Carbucciona manifestó en su opinión disidente su desacuerdo con la postura de la mayoría, subrayando que dichos informes pueden servir para corroborar la prueba directa y establecer el elemento contextual de los crímenes⁶⁶.

Además, la doctrina académica tampoco es unánime a la hora de afirmar el valor probatorio de las pruebas basadas en rumores anónimos. No obstante, hay cierta tendencia a considerar que las circunstancias y el contexto en el que tienen lugar los crímenes competencia de la ‘Corte’ justificaría un enfoque flexible en la valoración de la prueba⁶⁷. En este sentido, Caianiello argumenta que la preferencia establecida en el ER y las RPP a favor de la oralidad e inmediatez en materia de prueba, no impide que las declaraciones recogidas por las partes puedan ser presentadas en el juicio bajo ciertas condiciones⁶⁸.

De esta manera, aunque hay autores que entienden que el carácter anónimo de una información no permite al tribunal valorar la credibilidad y fiabilidad de la persona que otorga la información⁶⁹, e incluso consideran que la admisión de este tipo de pruebas

⁶² Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-01/04-01/07-717, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Decision on the Confirmation of Charges, 14 de octubre de 2008, párr. 139-140.

⁶³ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II, ICC-01/04-01/07-3436-TENG, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 de marzo de 2014, párr.90.

⁶⁴ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-02/11-01/11-432, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61 (7) (c) (i) of the Rome Statute, 3 de junio de 2019, párr. 35.

⁶⁵ ICC-02/11-01/15-1263, *op.cit.*, párr. 43, 189, 202, 1102, 1151, 1152, 1321, 1801.

⁶⁶ ICC, 02/11-01/15-1234, *op. cit.*

⁶⁷ HALPERN, M., ‘Trends in Admissibility of Hearsay Evidence in War Crime Trials: Is Fairness Really Preserved?’, *Duke Journal of Comparative & International Law* 29, 2018, pp. 103-126.

⁶⁸ CAIANIELLO, M., ‘First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials. A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?’, *Journal of International Criminal Justice*, vol.9, 2011, 385-410.

⁶⁹ GROOME, D., No Witness, No Case: An Assessment of the Conduct and Quality of ICC Investigations, *Penn State Journal of Law & International Affairs*, vol.3, iss.1 3:1, 2, 2014, p. 18.

podría ir en detrimento de los intereses de las partes y el funcionamiento de la CPI⁷⁰, otros apuestan porque la Fiscalía valore la fiabilidad del testigo que formuló la declaración antes de presentarla como prueba en el juicio o por permitir el interrogatorio de la contraparte durante el desarrollo del mismo⁷¹.

Finalmente, Darryl Robinson considera que la postura de los jueces en la apelación del caso “Gbagbo y Blé Goudé” es jurídica y epistemológicamente incorrecta, pues los rumores anónimos pueden ser generados en circunstancias que los hagan ‘fiabiles y valiosos’ como sucede en las jurisdicciones nacionales. Así, entiende que se debería valorar el contexto en el que se manifestaron las declaraciones y su contenido, en lugar de la forma en la que fue presentada la información⁷².

Sea como fuere, conviene tener presente que el ER y las RPP no niegan el valor probatorio ni declaran la inadmisibilidad *per se* de las pruebas basadas en rumores provenientes de fuentes anónimas. Por esta razón, las Salas tendrán que valorar caso por caso si la información recogida en aquellos documentos que reúnen las declaraciones de testigos ‘sin identificar’, como es el caso de algunos informes de organizaciones no gubernamentales, es fidedigna. Al momento de adoptar las RPP se pensó en incluir la fiabilidad de la prueba entre los factores que podrían utilizar las Salas para valorar su relevancia y admisibilidad. Finalmente, se desechó esta posibilidad por lo que el citado instrumento guarda silencio sobre este particular⁷³. Entonces, ¿qué criterios utilizan los jueces de la ‘Corte’ para ello? ¿Tienen las Salas una postura unánime al respecto?

En primer lugar, hay que señalar que las Salas de la ‘Corte’ consideran como regla general que los informes elaborados por organizaciones no gubernamentales independientes son *prima facie* fidedignos⁷⁴. Siempre que ofrezcan garantías de imparcialidad, que incluyan información de sus fuentes, y concreten la metodología usada para recopilar y analizar los hechos que se consideran probados en dichos informes⁷⁵.

En algunos casos, las Salas han examinado la autenticidad del informe como factor para valorar si es fidedigno o no. En el caso “Katanga”, la Sala de Primera Instancia II declaró que si un informe no está autenticado carece de valor probatorio, y por ende debería ser inadmitido como prueba en el procedimiento⁷⁶. Postura contestada por la Fiscalía, que alegó la ausencia de base jurídica en la jurisprudencia de los tribunales

⁷⁰ KLER, A.S., A Critical Analysis of the Position of Hearsay Evidence in the ICC, 18 de junio de 2013. Disponible online en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2280287.

⁷¹ CAIANIELLO, M., *op.cit.*, p. 395.

⁷² ROBINSON, D., “The Other Poisoned Chalice: Unprecedented Evidentiary Standars in the Gbagbo Case? *Ejil: Talk!*, 6 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-other-poisoned-chalice-unprecedented-evidentiary-standards-in-the-gbagbo-case-part-2/>

⁷³ PIRAGOFF, D., Article 69 –Evidence, Trifferer, Otto (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Second Edition, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, p.1306.

⁷⁴ ICC-02/11-01/11-432, *op.cit.*, párr. 29-30.

⁷⁵ ICC-01/04-01/07, *op. cit.*, p. 30. En la misma línea, véase la Opinión Disidente de la jueza Olga Herrera Carbuca al pronunciamiento de la mayoría en el caso Gbagbo y Blé Goudé, *op. cit.*, párr. 1401.

⁷⁶ *Idem.*, párr. 22.

internacionales para considerar la autenticidad como un requisito *sine qua non* de la admisibilidad de una prueba documental⁷⁷. Finalmente, la citada Sala concluyó que un documento puede ser auténtico pero no fidedigno⁷⁸.

Por su parte, en el caso “Ruto y Sang” la Sala de Primera Instancia V (A) sí estimó la autenticidad como un factor adecuado para valorar la fiabilidad de un documento. Además, concluyó que debería considerarse como auténtico un documento si ofrece indicios suficientes de autenticidad teniendo en cuenta el difícil escenario en el que suelen obtenerse las pruebas presentadas ante la ‘Corte’⁷⁹.

En resumen, actualmente no es posible afirmar que las Salas tengan una postura unánime respecto a si la autenticidad del informe es o no un criterio que sirva para valorar si es fidedigno. Además, tampoco se han pronunciado con claridad sobre el proceso seguido para determinar si dichos informes son auténticos. En todo caso, siguiendo lo actuado por la ‘Corte’ respecto a la autenticidad de la prueba documental⁸⁰, cabe considerar que a veces la autenticidad se podrá inferir de la exhibición del propio documento. Así ocurrirá cuando se trate de documentos publicados en abierto. Por ello, en el caso de que sean informes de organizaciones no gubernamentales accesibles al público, por ejemplo en su página web, la parte que los presenta en el juicio únicamente deberá proporcionar información respecto a donde encontrarlos⁸¹.

Si por el contrario no se puede concluir la autenticidad del informe a raíz de su sola exhibición, la parte que la presenta deberá demostrar que es auténtico⁸². En cuyo caso, siguiendo la postura adoptada por la Sala de Primera Instancia I en el caso “Gbagbo y Blé Goudé” bastaría con probar su autoría e integridad a través de la declaración del autor que confirmaría su autenticidad bajo juramento y pena de multa⁸³.

En segundo lugar, los jueces del caso “Katanga” reconocieron que el examen de la autenticidad no constituye un criterio válido para concluir que se trata de un informe fidedigno. En ese caso, la Sala en cuestión podría aceptar que la parte que presenta la prueba certifique su origen a través de ‘otros indicios’ de fiabilidad⁸⁴.

⁷⁷ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II, ICC-01/04-01/07-1645, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “*Prosecution’s Consolidated Response to ‘Defence Objections to Admissibility in Principal and in Substance’* (ICC-01/04-01/07-1558) and *‘Requête de la Défense en vue d’obtenir une décision d’irrecevabilité des documents liés aux témoins décédés référencés sous les numéros T-167 et T-258’* (ICC-01/04-01/07-1556), 16 de noviembre de 2009, párr. 63, refiriéndose al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, IT-96-21, AC, *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.* (Celibici Case), *Decision on Application of Defendant Zejnir Delalic for Leave to Appeal against the Decision on the Trial Chamber of 19 January 1998 for the Admissibility of Evidence*, 4 de marzo de 1998.

⁷⁸ ICC-01/04-01/07-3436-tENG, *op.cit.*, párr.91.

⁷⁹ ICC-01/09-1/11-1353, *op.cit.*, párr.15.

⁸⁰ ICC-01/04-01/07, *op.cit.*, párr.24.

⁸¹ *Idem.*

⁸² ICC-02/11-01/15-1263, *op.cit.*, párr. 32;

⁸³ *Idem.* Véase también: ICC-01/04-01/07, *op.cit.*, párr. 22 y 23.

⁸⁴ *Idem.*, párr.27.

En este sentido, aunque no hay una lista cerrada de los factores considerados a tal efecto, hasta ahora las Salas han tenido en cuenta los siguientes: la imparcialidad de la fuente de información, su naturaleza pública o privada, el carácter testimonial de la misma, si fue recopilada de forma simultánea o poco después de producirse el acto, o si se registró posteriormente, si el documento fue creado con el propósito de servir en los procedimientos penales, y si la información y la forma de reunirla puede ser verificada y evaluada de manera independiente⁸⁵.

En suma, no es posible afirmar que las Salas de la ‘Corte’ sigan un criterio unánime cuando se trata de analizar el carácter fidedigno de los informes de organizaciones no gubernamentales. De tal suerte, dicho factor es interpretado por los jueces de la ‘Corte’ con cierto margen de discrecionalidad que se traslada al examen del valor probatorio. En este sentido, señala Piragoff, hay que tener en cuenta las distintas tradiciones jurídicas a las que pertenecen los jueces de la Corte Penal Internacional, que entrañan importantes diferencias en relación a la valoración de la fiabilidad de la prueba como un factor de admisibilidad, en países con sistemas de derecho común; o de peso probatorio, en aquellos de tradición civilista⁸⁶. Por su parte, May y Wierda, consideran que la ‘Corte’ debería adoptar un ‘enfoque alternativo’ al utilizado en los tribunales penales internacionales ad hoc, de tal manera que los jueces interpretasen la fiabilidad de la prueba como un componente de su peso probatorio⁸⁷.

Por último, la aplicación del ‘test en tres fases’ supone que hay que tener en cuenta que el hecho de que la Sala afirme el valor probatorio de un informe no determina su admisibilidad automática como prueba en el procedimiento, sino que es necesario que el informe en cuestión “pase” un último examen para valorar el posible perjuicio que su admisión podría causar.

IV. EL EXAMEN PREVIO A LA ADMISIÓN: ¿Y LOS DERECHOS DEL ACUSADO?

Como ya hemos anticipado, en la última parte del ‘test en tres fases’ la Sala pondera el valor probatorio de una prueba respecto al posible perjuicio que su admisión podría causar. Al igual que sucede con el ‘valor probatorio’, el concepto de perjuicio no está definido en los instrumentos jurídicos de la ‘Corte’. Sin embargo, en el caso “Katanga”, la Sala de Primera Instancia II aclaró que para definir dicho perjuicio se deberían tener en cuenta dos aspectos, esto es: qué causa el perjuicio y sobre qué recae éste.

⁸⁵ Entre otros, véase: Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/06-2842, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012, párr. 109. CARRIERI, M., *op. cit.*

⁸⁶ PIRAGOFF, D., “Evidence”, Lee, Roy S. (ed.), *The ICC-Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers INC, Ardsley, 2001, pp. 349-401.

⁸⁷ MAY, R & WIERDA, M., *International Criminal Evidence*, International and Comparative Criminal Law Series, Transnational Publishers, Nueva York, Brill-Nijhoff, 2002, p. 109-110.

Centrándonos en este segundo aspecto, debemos acudir al artículo 69.4 ER que se refiere al perjuicio “que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo”. También al artículo 69.7 ER, *lex specialis* respecto al régimen general de admisión de prueba establecido por el precepto anteriormente citado⁸⁸.

En opinión de la Sala de Primera Instancia II, ambos preceptos conforman un sistema de protección de fiabilidad de las investigaciones de la ‘Corte’, basado en la premisa de excluir la prueba cuya credibilidad se cuestione y en asegurar que el proceso de recopilación y presentación de la prueba se realiza con total respeto hacia los derechos humanos de los participantes en el juicio, incluyendo de manera muy especial los del acusado. Entre los que cabe destacar el derecho establecido en el artículo 67.1 ER apartado e) que se refiere al ‘derecho a examinar o haber examinado a los testigos contra él o ella’. En relación con esto, nos preguntamos si la admisión de este tipo de informes como prueba en el procedimiento contravendría el derecho del acusado a examinar los testigos en su contra.

Para responder a esta cuestión es necesario acudir a la regla general prevista en el artículo 69.2 ER. Dicho precepto establece que, en principio, el testimonio de un testigo en el juicio deberá prestarse en persona, aunque caben excepciones siempre que se respete el derecho del acusado a examinarlos.

A la vista de lo anterior, cabe reflexionar sobre si las declaraciones de testigos recogidas por las organizaciones no gubernamentales en sus informes califican como ‘testimonio’ en el sentido dado al término por el citado artículo. En virtud de la conclusión adoptada por la Sala de Primera Instancia II en el caso “Katanga”, las declaraciones otorgadas a personas o entidades privadas no se considerarían testimonios; a menos que, lo que no parece que sea el caso de todas las organizaciones no gubernamentales, tales personas o entidades tuviesen una mandato legal para investigar los hechos, y la declaración hubiese sido obtenida sin duda alguna por parte del declarante de que podría ser usada en un procedimiento judicial.

En conclusión, podrían darse dos escenarios posibles. En el primero de ellos, el informe es elaborado por una organización no gubernamental que tiene un mandato legal para investigar y los declarantes conocen el propósito judicial de la investigación. Así, estas declaraciones se considerarían testimonios. Por consiguiente, el acusado tendría que tener la posibilidad de interrogar a dichos testigos, incluso si procede la aplicación de las medidas de protección de testigos previstas en el artículo 68 ER. De lo contrario, se vulneraría el derecho del acusado a examinar testigos en su contra establecido en el artículo 67.1 ER. En el otro escenario, la organización no gubernamental no tendría mandato legal alguno para investigar. De modo que las declaraciones de personas anónimas recogidas en los informes no podrían calificarse como testimonios. En consecuencia, a pesar de que no se vulnerarían los derechos del acusado, en caso de admitir el informe como prueba en el procedimiento, dichas declaraciones no podrían ser consideradas como prueba testifical.

⁸⁸ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/06-1981, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, Decision on the admission of material from the ‘bar table’*, 24 de junio de 2009, párr.34.

V. CONCLUSIONES

Tras el análisis de casos, se advierte cierta tendencia en la jurisprudencia de la ‘Corte’ a limitar el valor probatorio de estos informes y restringir cada vez más su admisión como prueba en los procedimientos. Lo que nos lleva a realizar dos reflexiones al respecto.

En primer lugar, es necesario que la Fiscalía aúne esfuerzos por desarrollar métodos de recopilación de pruebas en el terreno que le permitan lograr una mayor independencia respecto de las investigaciones realizadas por terceros ajenos a la ‘Corte’. Pues como hemos comprobado, el impacto de los informes de organizaciones no gubernamentales en las decisiones de las Salas es verdaderamente limitado. En algunos casos se han utilizado para probar el contexto en el que se cometieron los crímenes pero no sirven para concluir la responsabilidad penal de los acusados. A este respecto, el cambio de enfoque planteado por la Fiscalía en el *Strategic Plan 2019-2021* hacia las ‘open-ended investigations’ podría lograr dicho cometido. Sin embargo, tal y como se recoge en el ‘Informe final a la Revisión de Expertos Independientes de la Corte Penal Internacional y del Sistema del Estatuto de Roma’⁸⁹ publicado recientemente, todavía no podemos hablar de la implementación efectiva de las ‘open-ended investigations’.

En segundo lugar, es necesario que los jueces revisen sus mecanismos de valoración de prueba, en especial los aspectos relativos a la interpretación del elemento ‘valor probatorio’. Sobre esta cuestión, conviene recordar que en algunas ocasiones se han mostrado reticentes al respecto. Así, en la decisión sobre admisión de prueba en el caso que nos ocupa, “Gbagbo y Blé Goudé”, la mayoría de los jueces de la Sala de Primera Instancia se mostró disconforme con el uso de un sistema de valoración de la prueba preestablecido de antemano, tal y como proponían las partes siguiendo la Regla 64.1 RPP. En su opinión, la relevancia, la admisibilidad y el valor probatorio de cada elemento de prueba presentado se debe valorar al final del juicio, cuando los jueces tengan una visión de conjunto⁹⁰. Sin embargo, esta práctica de valoración *a posteriori* podría dar lugar a que la prueba fuese apreciada por parte de los jueces con cierto margen de discrecionalidad. Con el fin de evitar esta posibilidad, convendría que las Salas adoptasen unos criterios mínimos para examinar la fiabilidad de la prueba documental. Por ejemplo, las Salas podrían adoptar la solución de otros tribunales internacionales⁹¹, de modo que la declaración del autor autenticando el informe sirviese para confirmar que es fidedigno.

Por último, el desarrollo del caso “Gbagbo y Blé Goudé” ilustra la necesidad de avanzar en la esfera internacional hacia el desarrollo de un derecho internacional penal probatorio, que establezca unas reglas del juego básicas destinadas a clarificar los

⁸⁹ Corte Penal Internacional, Revisión de la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma, ICC-ASP/18/Res.7 (2019), ‘Final Report’, 30 septiembre de 2020.

⁹⁰ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-02/11-01/15-405, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, Decision on the submission and admission of evidence*, 29 de enero de 2016, párr.12

⁹¹ Vid. *supra*, n.56.

métodos de investigación de la Fiscalía y limitar el margen de discrecionalidad del que gozan los jueces en la valoración de la prueba.

A tal efecto, y en lo que se refiere al sistema de la Corte Penal Internacional, convendría incluir en las Reglas de Procedimiento y Prueba un precepto relativo al papel ejercido por las organizaciones no gubernamentales en las investigaciones. La ausencia de disposiciones normativas en las que se regule su intervención en los procedimientos, ya sea como intermediarios o de forma indirecta través de la presentación de sus informes como elemento de prueba, menoscaba la seguridad jurídica que debería imperar en un órgano judicial de estas características. Por tanto, a la espera de que un posible cambio de estrategia de la Fiscalía hacia el uso de las ‘open-ended investigations’ dé sus frutos, de manera que ésta asuma en su integridad las tareas de recopilación de elementos de prueba, no cabe sino regular jurídicamente la colaboración de terceros intervinientes con el fin de evitar la discrecionalidad en la valoración de la prueba, y asegurar en la medida de lo posible la admisibilidad del material probatorio presentado en el juicio por la Fiscalía.