

## “WITNESS PROOFING” ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: NI LEGALMENTE ADMISIBLE NI NECESARIO (\*) (\*\*)

Kai AMBOS (\*\*\*)

### I. EL OBJETO DE LA DISCUSIÓN

La Sala de Cuestiones Preliminares I y la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional<sup>(1)</sup> distinguen entre la “familiarización” (*familiarisation*) y el “examen preparatorio” (*proofing*) de los testigos<sup>(2)</sup>. La distinción se remonta a una decisión reciente de la Corte de Apelaciones inglesa<sup>(3)</sup>, en donde fue descrita como “dramática”<sup>(4)</sup>. La esencia de la *familiarización* es hacer que el testigo se acostumbre, *en términos generales*, a la infraestructura del tribunal y los procedimientos, a fin de evitar que sea tomado totalmente por sorpresa o, incluso, revictimizado. Por lo tanto, la idea que subyace a la familiarización

es preparar genéricamente a los testigos a fin de permitirles prestar declaración en el juicio en forma satisfactoria<sup>(5)</sup>. A este fin, se ha establecido la Unidad de Víctimas y Testigos de la Corte (“UVT”), y sus funciones pueden ser resumidas, con fundamento, en los arts. 57 (3) y 68 (1) del Estatuto CPI, y las reglas 16 (2), 17 (2)(b), 87 y 88 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”), de la siguiente manera<sup>(6)</sup>:

- Asistir a los testigos cuando son convocados a testificar ante la Corte;
- Adoptar medidas relacionadas con el género para facilitar el testimonio de las víctimas de violencia sexual en todas las etapas del procedimiento;

(\*) Traducción de Lucas Tassara, abogado (UBA), LLM (University of Pittsburgh).

(\*\*) Agradezco a mi asistente de investigación Szymon Swiderski por su ayuda en la recolección del material. También agradezco a mis colegas los Profesores Doctores Richard Vogler (Sussex, RU), Steve Thaman (St. Louis, EE.UU.) y Héctor Olásolo (La Haya) por sus útiles comentarios.

(\*\*\*) Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Penal Internacional en la Universidad Georg-August de Göttingen (Alemania); Juez de lo Penal (Landgericht) Göttingen.

(1) De acuerdo con el art. 34 del ECPI, la CPI está compuesta por la Presidencia (*Presidency*), tres secciones judiciales (sección de Apelaciones, de Primera Instancia y de Cuestiones Preliminares); la Fiscalía (*Office of the Prosecutor*) y la Secretaría (*Registry*). Las secciones judiciales, por su parte, se dividen en Salas; la Sala de Cuestiones Preliminares (*Pre-Trial Chambers*), la Sala de Juicio (*Trial Chambers*) y la Sala de Apelaciones (*Appeals Chamber*).

(2) CPI-SCP I, Situación en la República Democrática del Congo en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, *Decision on the practices of witness familiarisation and witness proofing*, ICC-01/04-01/06, 8 de noviembre de 2006, párr. 18 y ss., 28 y ss.; CPI-SPI I, Situación en la República Democrática del Congo en el caso *The Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, *Decision regarding the practices used to prepare and familiarise witnesses for giving testimony at trial*, 30 de noviembre de 2007, ICC-01/04-01/06, párr. 28, 53 y 57.

(3) La Corte de Apelaciones es el segundo tribunal en jerarquía del sistema jurídico inglés; por encima de ella, se encuentra solo la Cámara de los Lores (*House of Lords*). Sobre la organización judicial inglesa véase Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 11ª edición, (Oxford: OUP 2006), p. 482.

(4) *R. v. Momodou*, [2005] EWCA Crim 177 (*England & Wales*), párr. 61; para más detalle ver infra. n. 54 y ss. y el texto principal. CPI-SCP I, supra nota 2, refiere a esta decisión en párr. 19 y 39.

(5) SCP I, supra nota 2, párr. 27.

(6) Cf. SCP I, supra nota 2, párr. 22; conc. SPI I, supra nota 2, párr. 29.

- Informar a los testigos de sus derechos de acuerdo al Estatuto y las Reglas;
- Asesorar a los testigos acerca de dónde obtener asesoramiento legal a los fines de proteger sus derechos, en particular en relación a su testimonio;
- Ayudar a los testigos a obtener asistencia médica, psicológica y toda otra que resulte apropiada; y
- Proveer a los testigos las medidas adecuadas de protección y seguridad, y formular planes de largo y corto plazo para su protección.

Luego de una confusión inicial<sup>(7)</sup>, hoy en día está claro que no hay desacuerdo entre la Oficina del Fiscal y las Salas (SCP I y SPI I) con respecto a esta práctica. La Oficina del Fiscal, mediante su reciente presentación adoptada como reacción frente a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 8 de noviembre de 2006, explícitamente concurrió con la caracterización allí hecha acerca de la familiarización y la respectiva competencia de la UVT<sup>(8)</sup>. Como resultado se puede decir que la familiarización no solo está permitida, sino inclusive exigida, hasta cierto punto, a fin de

cumplir con las obligaciones del Estatuto con respecto a la protección de las víctimas<sup>(9)</sup>.

En cuanto a la definición de *proofing*, también parece haber acuerdo en la actualidad. La Oficina del Fiscal –siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (“TPIY”)<sup>(10)</sup>– entiende al *proofing* de testigos como la “práctica por la cual se realiza un encuentro entre una parte del proceso y un testigo, antes de que el testigo deba declarar en la Corte, cuyo propósito es reexaminar la prueba del testigo para posibilitar un testimonio más preciso, completo y eficiente”<sup>(11)</sup>. En general, se dice que el *proofing* de testigos sirve para “discutir asuntos relacionados con la prueba anticipada de ese testigo”<sup>(12)</sup>. Con esta definición, la Oficina del Fiscal distingue el *proofing* de la familiarización, en tanto que el primero se focaliza fundamentalmente en la prueba concreta a ser presentada en el juicio. De hecho, la Oficina del Fiscal abandona su definición anterior, que era mucho más amplia, en la que no distinguía entre familiarización y *proofing*<sup>(13)</sup>. Como resultado, la definición de la Oficina del Fiscal concurre con la de la Sala de Primera Instancia I, conforme a la cual el núcleo del *proofing* reside

- (7) Para la presentación inicial de la Oficina del Fiscal, ver el sumario en SCP I, supra nota 2, párr. 11 y ss.
- (8) Presentaciones del fiscal referidas a los asuntos que requieren una determinación temprana: procedimientos a ser adoptados para instruir a los testigos, familiarizar a los testigos y *proofing* de testigos, ICC-01/04-01/06-952, 12 de septiembre de 2007, párr. 14.
- (9) CPI-SCP I, supra nota 2, párr. 20: “hay varias provisiones (...) para asistir al testigo (...) a fin de evitar que el testigo se encuentre a sí mismo en una posición desventajosa, o que sea tomado por sorpresa como resultado de su ignorancia (...)”; y la SPI permite “a la Unidad de Víctimas y Testigos trabajar en consulta con la parte que convocó al testigo, a fin de llevar a cabo la familiarización del testigo de la forma más apropiada” (CPI-SPI I, supra nota 1, párr. 34). Ver también la más reciente decisión de la CPI-SPI I, Situación en la República Democrática del Congo en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision regarding the Protocol on the practices to be used to prepare witnesses for trial*, ICC-01/04-01/06-1351, 23 de mayo de 2008, párr. 38 y ss. en donde la Sala concretamente determina el alcance de la familiarización, en particular si el testigo puede recibir una copia de su anterior declaración hecha a un investigador.
- (10) Ver la definición en *Prosecutor v. Haradinaj et al., Decision on Defence requests for audio-recording of prosecution witness proofing sessions*, 23 de mayo de 2007 (IT-04-84-T), párr. 8, el cual, sin embargo, incluye la preparación y familiarización del testigo.
- (11) Presentaciones del fiscal, supra nota 8, párr. 15.
- (12) Presentaciones del fiscal, supra nota 8, párr. 9.
- (13) Ver el sumario de la información de la Oficina del Fiscal en SCP I, supra nota 2, párr. 11 y ss.

en “preparar a un testigo en forma sustancial para el (...) testimonio en juicio”<sup>(14)</sup>. Por lo tanto, en definitiva, existe un acuerdo general en la actualidad de que el *proofing* de testigos es una *preparación sustantiva con miras a brindar testimonio en juicio*.

## II. LA DISCUSIÓN QUE SUBSISTE RESPECTO AL “PROOFING DE TESTIGOS”: LEGALIDAD Y NECESIDAD

La discusión que subsiste entre la Oficina del Fiscal y las Salas se refiere a los simples testigos (comunes), por oposición a los que declaran como expertos en una determinada materia (peritos). En cuanto a estos últimos, hay acuerdo general entre las partes (Oficina del Fiscal y defensa) y la SPI de que pueden ser instruidos en forma conjunta (por las partes) o, si eso no es posible, de manera separada (por cada parte respectivamente)<sup>(15)</sup>. Respecto a los testigos comunes el desacuerdo es doble. Primero, hay desacuerdo acerca de la base legal para el *proofing de lege lata* (infra 1.): ¿Existe algún sustento en el Estatuto CPI (1.a), o puede el *proofing* ser considerado como un principio general del derecho y como tal ser parte del derecho aplicable de acuerdo al art. 21 del Estatuto (1 b))? Segundo, desde una perspectiva *de lege ferenda*,

uno podría cuestionar la necesidad concreta de esta práctica (2.).

### 1. *Lege lata*: base normativa del *proofing* de testigos

La exigencia de que el *proofing* tenga sustento normativo no está controvertida. Inclusive la Oficina del Fiscal lo reconoce, y trata de construirlo directamente del Estatuto (ver infra). En esencia, esta necesidad se desprende de la estructura mixta adversarial-inquisitiva del procedimiento de la CPI<sup>(16)</sup>, que no permite el concepto de testigo parcial en el sentido de testigo de la fiscalía y de la defensa. Regresaremos luego a esta cuestión estructural.

#### a) No hay provisión explícita en el Estatuto ni en los instrumentos complementarios

Ni el Estatuto ni ninguno de los instrumentos adicionales<sup>(17)</sup> contienen alguna provisión explícita acerca de la preparación de testigos comunes referida a la prueba. Las reglas más explícitas sobre el tema de la *instrucción* de testigos son las regulaciones 44 (2) y 54 (m) de las Regulaciones de la Corte, pero ellas solo se refieren a los peritos<sup>(18)</sup>. Las reglas 16 (2) y 17 (2), ya mencionadas anteriormente en relación a las funciones de la UVT, no

- (14) CPI-SPI I, supra nota 2, párr. 28.
- (15) Ver las presentaciones del fiscal, supra nota 8, párr. 2 y ss. y CPI-SPI I, Situación en la República Democrática del Congo en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the procedures to be adopted for instructing expert witness*, 10 de diciembre de 2007, ICC-01/04-01/06 en donde la Sala se refiere (párr. 12), entre otras cosas, a la regulación 44 (2) y (4) de la Corte (adoptada por los jueces de la Corte el 26 de mayo de 2004, doc. oficial ICC-BD/01-01-04) conforme a la cual la Sala “puede dirigir” las instrucciones dadas a los peritos o instruirlos *motu proprio*; además, se refiere a la regulación 54 (m) que dispone la orden de la Sala de Primera Instancia respecto a la “instrucción conjunta o separada de los peritos por parte de los participantes”. Sobre la situación en los EE.UU. ver J.S. Applegate, “Witness preparation”, 68 Texas L.Rev. (1989) 277, p. 295 y ss., 348.
- (16) Ver infra nota 45 con el texto principal.
- (17) Reglas de Procedimiento y Prueba, aprobadas el 9 de septiembre de 2002 por la Asamblea de Estados Partes (art. 112 ECPI), ICC-ASP/I/3 (part II-A); Reglamento de la Corte, aprobado por la CPI el 26 de mayo de 2007, según la versión del 18 de diciembre de 2007, ICC-BD/01-02-07; Reglamento de la Secretaría, dictado por la Secretaría el 6 de marzo de 2006, según la versión del 25 de septiembre de 2006, ICC-BD/03-01-06.
- (18) Ver supra nota 15.

versan sobre la instrucción vinculada con la prueba, sino solo a la asistencia general en el sentido de familiarización<sup>(19)</sup>.

“La Oficina del Fiscal entiende al *proofing* de testigos como la ‘práctica por la cual se realiza un encuentro entre una parte del proceso y un testigo, antes de que el testigo deba declarar, cuyo propósito es reexaminar la prueba del testigo para posibilitar un testimonio más preciso, completo y eficiente’.”

A pesar de esta ausencia de toda regla, la Oficina del Fiscal construye un argumento *a contrario* basado en la lectura conjunta de los arts. 70 (1)(c) y 54 (3)(b) del Estatuto<sup>(20)</sup>. Para la Oficina del Fiscal, el hecho de que, por un lado, tenga el poder de hacer comparecer e interrogar a los testigos de acuerdo al art. 54 (3) (b) y, por el otro, que el *proofing* de testigos no esté explícitamente criminalizado en el art. 70 (1)(c), lleva a la conclusión:

“De que una lectura informada del Estatuto, efectivamente da sustento a la proposición de que el *proofing* de testigos, que no colisiona con el artículo 70, debe ser permitido siempre que no existan circunstancias excepcionales”<sup>(21)</sup>.

Sin embargo, esta postura no es convincente. El art. 54 (3), precisamente, limita la

autoridad del fiscal con respecto a ciertas medidas investigativas, incluyendo su poder de “hacer comparecer e interrogar” a los testigos [subpara. (b)]. Esta atribución no deja lugar para facultades adicionales que no estén contenidas allí; en particular, no puede ser extendida a una medida sustancialmente diferente que pueda cambiar el concepto esencial de testigo contenido en el Estatuto, convirtiéndolo en un testigo de las partes (en este caso del fiscal) en lugar de un testigo del tribunal. De hecho, la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que:

“(…) la atribución de la práctica de la familiarización de testigos a la UVT es consistente con el principio de que los testigos de un delito no son propiedad ni del fiscal ni de la defensa, y que en consecuencia no deben ser considerados testigos de ninguna parte, sino como *testigos de la Corte*”<sup>(22)</sup>.

En otras palabras, el concepto del testigo como testigo de la Corte o, como dicen algunos, de la verdad, prohíbe no solo la preparación vinculada con la declaración de ese testigo sino, inclusive, que sea familiarizado en forma mucho más general por alguna de las partes. Aunque uno pueda adoptar una visión más liberal con respecto a la familiarización—considerando que no implica una influencia directa sobre el testigo en relación a su testimonio—ocurre lo contrario con respecto al

*proofing*, puesto que implica la conversión de un testigo potencialmente neutral en el testigo de una parte. Luego volveremos a esta cuestión conceptual fundamental, pero en este momento es suficiente concluir de la mera redacción del art. 54 (3)(b), que el *proofing* no está contemplado por esta provisión<sup>(23)</sup>.

La ausencia de una criminalización explícita del *proofing* en el art. 70 (1)(c) no altera esta situación legal. Primero, es discutible que el *proofing* esté protegido por el subpara. (c) si es ejercido en una forma abusiva que eventualmente lleve a “corromper a un testigo” o “interferir” con la prueba aportada por él. Segundo, la mera ausencia de determinada práctica en una prohibición penal no justifica la conclusión de que esta práctica es, *al contrario*, permitida; en otras palabras, no hay una regla legal, tal como la Oficina del Fiscal parece sugerir, que admita la construcción de un permiso con motivo en la ausencia de una prohibición (penal) explícita<sup>(24)</sup>. Por el contrario, la delgada línea entre la punibilidad y no punibilidad del *proofing* exige una norma permisiva explícita de esta práctica.

Por lo tanto, en definitiva, cada uno de los argumentos de la Oficina del Fiscal tiene errores en sí mismo, y su lectura conjunta refuerza este resultado.

### b) ¿Un principio general del derecho?

Teniendo en cuenta la ausencia de una provisión explícita en los instrumentos relevantes, incluyendo las reglas internacionales o

supranacionales (art. 21 (1)(b)), cabe preguntarse si existe un principio general del derecho en el sentido del art. 21 (1)(c) con respecto al *proofing* de testigos. Curiosamente, la importancia de los principios generales con respecto a la prueba es reconocida por la regla 63 (5) de las RPP, conforme a la cual el derecho nacional que regula la prueba solo debe ser aplicado de acuerdo con el artículo 21. De aquí se sigue que la discreción general de la Sala con respecto a la relevancia o admisibilidad de la prueba (regla 63 (2) en conjunción con art. 64 (9)(a) Estatuto CPI), no es absoluta sino limitada por los principios generales del derecho en el sentido del art. 21. En cuanto al *proofing* de testigos, ello significa que esta práctica solo puede ser aceptada desde una perspectiva probatoria si se puede establecer algún principio general del derecho a tal efecto. Este principio puede ser inferido del derecho nacional de los sistemas jurídicos más importantes en el sentido del art. 21 (1)(c). Antes de examinar este derecho [infra (2)] puede ser de utilidad volver la vista siquiera brevemente hacia la práctica de los Tribunales ad hoc, ya que puede contribuir a dicho principio.

### 1. Práctica de los Tribunales ad hoc

Contrariamente a la Sala de Cuestiones Preliminares I y a la Sala de Primera Instancia I de la CPI, la jurisprudencia del TPIY y TPIR<sup>(25)</sup> considera que el *proofing* de testigos es una práctica importante y útil “aceptada desde el comienzo de este Tribunal”<sup>(26)</sup>; la Corte

(19) Ver en particular regla 17 (2)(b):

“(i) Aconsejarlos sobre dónde obtener asesoramiento legal a fines de proteger sus derechos, en particular con respecto a su testimonio;

(ii) asistirlos cuando sean convocados a testificar frente a la Corte”.

(20) Presentaciones del fiscal, supra nota 8, párr. 28 y ss.

(21) Presentaciones del fiscal, supra nota 8, párr. 30 (“that an informed reading of the Statute actually supports the proposition that witness proofing, which does not run afoul of Article 70, ought, absent exceptional circumstances, to be permitted”).

(22) CPI-SCP I, supra nota 2, párr. 26; conc. CPI-SPI I, supra nota 2, párr. 33-34 (“... the attribution of the practice of witness familiarisation to the VWU is consistent with the principle that witnesses to a crime are the property neither of the Prosecution nor of the Defence and that they should therefore not be considered as witnesses of either party, but as ‘witnesses of the Court’”).

(23) Para el mismo resultado, SPI I, supra nota 2, párr. 36.

(24) Ídem.

(25) El TPIY fue establecido por la resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU del 25 de mayo de 1993, el TPIR por la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994. Los Estatutos de estos tribunales se encuentran en los anexos de las respectivas resoluciones. El derecho procesal está regulado más precisamente en las Reglas de Procedimiento y Prueba (*Rules of Procedure and Evidence*); (RPP TPIY del 11 de febrero de 2004 según la versión del 28 de febrero de 2008, IT/32/Rev. 41; RPP TPIR del 29 de junio de 1995 según la versión del 14 de marzo de 2008).

(26) *Prosecutor v. Limaj et ál.*, Decision on the defence motion on Prosecution practice of ‘proofing witnesses’, 10.12.2004, p. 2; en un sentido similar *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, Decision on Ojdic motion to prohibit witness proofing, 12 de diciembre de 2006 (IT-05-87-T), párr. 15 (“a diario durante los últimos trece años”);

Especial para Sierra Leona<sup>(27)</sup> adopta, en principio, la misma posición<sup>(28)</sup>. La diferencia jurídica más importante con respecto a la CPI consiste en que los Tribunales ad hoc no pueden recurrir a fuentes del derecho ajenas a sus Estatutos y Reglas, tal como lo establece el art. 21 Estatuto CPI. De hecho, dada la ausencia de alguna regla específica acerca del *proofing* de testigos en sus Estatutos y Reglas, la jurisprudencia aplica la regla 89 (B) —la regla paralela a la recién mencionada regla 63 (2) RPP de la CPI— conforme a la cual una Sala tiene discreción para hacer uso de las “reglas de prueba que mejor favorezcan una justa determinación del problema y que estén en consonancia con el espíritu del Estatuto y los principios generales del Derecho”<sup>(29)</sup>. Pese a la referencia a los “principios generales” en esta provisión, y la interpretación de la regla 63 RPP del CPI sobre el particular,

explicada anteriormente, las Salas del TPIY y TPIR, usando su amplia discreción, nunca le dieron mucha importancia al derecho o prácticas nacionales<sup>(30)</sup>; en su lugar, se focalizaron en el *fairness*\* de la práctica del *proofing* y sostuvieron que mejoraba el *fairness* y celeridad de los procedimientos “siempre que estas discusiones sean un intento genuino de clarificar la declaración de un testigo”<sup>(31)</sup>. Luego sostuvieron que esta práctica no equivale al ensayo, práctica o entrenamiento de un testigo<sup>(32)</sup>, y que no perjudica *per se* los derechos del acusado<sup>(33)</sup>. Claramente, los Tribunales no hicieron oídos sordos al problema de la manipulación de testigos —de hecho, este mismo peligro fue repetidamente enfatizado en las presentaciones de la defensa<sup>(34)</sup>—, ni a la posible distorsión de la verdad mediante la práctica del *proofing*<sup>(35)</sup>, pero prefirieron asumir el riesgo en lugar de renunciar completamente

a esta práctica. Por lo tanto, en realidad, la admisión de esta práctica por parte del Tribunal se basa en la asunción de que sus ventajas superan a sus peligros.

## 2. Derecho nacional, en particular Inglaterra-Gales y los EE.UU.

Sea como fuere, en cuanto al sustento legal del *proofing* para la CPI, su calificación como principio general en el sentido del art. 21 (1)(c) requeriría que fuese reconocido en los mayores “sistemas jurídicos del mundo” [art. 21 (1)(c)], esto es, al menos en el *common law* angloamericano y en el *civil law* de raigambre romano-germánica<sup>(36)</sup>. Sin embargo, no es este el caso. De hecho, el TPIY y la Oficina del Fiscal de la CPI admiten que esta práctica es utilizada solamente en “jurisdicciones que son principalmente adversariales por naturaleza”<sup>(37)</sup>; la Oficina del Fiscal enumera explícitamente cinco países en donde esta práctica es aplicada (Australia, Canadá, Inglaterra,

Gales y los Estados Unidos)<sup>(38)</sup>. Mientras que una característica principal del proceso adversarial es, *inter alia*, el dominio del procedimiento por las partes en tanto que el juez permanece pasivo, en especial con respecto a la producción y presentación de prueba<sup>(39)</sup>, en los llamados sistemas inquisitivos, arraigados en la tradición romano-germánica de un procedimiento *ex officio* y conducido por el juez<sup>(40)</sup>, la producción y presentación de prueba está principalmente en las manos del juez. Por lo tanto, en estos sistemas el *proofing* de testigos es, como cuestión de principio, inadmisibles, puesto que los testigos no pertenecen a ninguna de las partes (fiscal o defensa), sino que son testigos de la Corte o de la verdad<sup>(41)</sup>. Además, los testigos no son examinados en la misma forma que en el juicio adversarial, en particular, el interrogatorio cruzado (*cross-examination*), de suma importancia para verificar la autenticidad de la declaración del testigo<sup>(42)</sup>, no es una práctica común<sup>(43)</sup>.

Prosecutor v. Karemera et ál., Decision on Interlocutory Appeal Regarding Witness Proofing, 11 de mayo de 2007 (ICTR-98-44-AR73.8), párr. 9 y ss. Respecto a esta práctica, ver también Karemaker et ál., “Witness proofing in international criminal tribunals: a critical analysis of widening procedural divergence”, 21 LJIL (2008) volumen 3 (próximamente).

- (27) De manera diferente a los Tribunales ad hoc, la Corte Especial para Sierra Leona (*Special Court for Sierra Leone*) no se funda en una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, sino en un tratado internacional entre la ONU y Sierra Leona. Con todo, fue la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de la ONU la que autorizó al Secretario General de la ONU a negociar este tratado con el gobierno de Sierra Leona. Dicho tratado —que contiene en anexo el Estatuto— fue firmado el 16 de enero de 2002. Cfr. también K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2008, § nm. 61 con otras referencias.
- (28) Prosecutor v. Sesay et ál., Decision on the Gbao and Sesay Joint Application for the Exclusion of the Testimony of Witness TF1-141, 26 de octubre de 2005 (SCSL-04-15-T), párr. 33 refiriendo a Prosecutor v. Limaj et ál. (supra nota 26) y diciendo que el *proofing* es una “práctica legítima que sirve a los intereses de la justicia”.
- (29) Prosecutor v. Karemera et ál., supra nota 26, párr. 8.
- (30) En verdad, aparte de la referencia de la SPI en *Limaj* a la práctica en “jurisdicciones en donde hay un procedimiento adversarial” (*Prosecutor v. Limaj et ál., Decision on defence motion on prosecution practice of “proofing witnesses”*, 10 de diciembre de 2004, [IT-03-66-T], p. 2; conc. *Prosecutor v. Karemera et ál., Decision on defence motions to prohibit witness proofing*, 15 de diciembre de 2006 [ICTR-98-44-T], párr. 13) la práctica nacional no ha sido tenida en cuenta. Ver también *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 13, subrayando la diferencia entre el TPIY y la CPI con respecto a la remisión al derecho nacional.
- \* N. del T. El término *fairness* o *fair* resulta difícil de traducir a otros idiomas. En el español se lo ha asimilado a la justicia, imparcialidad y equidad, aunque ninguno de ellos logra captar las connotaciones que tiene en los sistemas angloparlantes. Por ello preferimos dejarlo en su idioma original. Ver G.P. Fletcher, *Gramática del derecho penal*, Hammurabi, Bs. As., 2008, p. 194 y ss.
- (31) *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 16; conc. *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 25, párr. 14.
- (32) *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 16.
- (33) *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 22; conc. *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 30, párr. 14.
- (34) Ver, entre otros, *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 30, párr. 21-2.
- (35) Ver, entre otros, *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 30, párr. 12, 15; *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 26, párr. 9, 12.

- (36) Estos conceptos no dejan de ser problemáticos, porque el *common law* en realidad abarca solo el derecho consuetudinario inglés (y por ello no comprende el *statute law* existente en la actualidad en las antiguas colonias inglesas) y el *civil law* se presta al malentendido de que solo se aludiría al “derecho civil” en el sentido de derecho privado que regula las relaciones entre los ciudadanos (sobre estos conceptos Fairchild/Dammer, *Comparative Justice Systems*, 2ª edición, Belmont, 2001, p. 47 y ss.). Por lo demás, la división entre familias o círculos jurídicos cada vez más es puesta en discusión (cfr. Gordley, *ZeUP* 1993, 498 y ss.; Heiss, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 100 [2001], 396, 399 y ss.; Husa, *Revue Internationale de Droit Comparé* 56 [2004], p. 11 y ss.
- (37) Presentaciones del fiscal, supra nota 8, párr. 24; ver también *Prosecutor v. Limaj et ál.*, tal como fue citado supra nota 30; conc. *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 30, párr. 13.
- (38) Presentaciones del fiscal, supra nota 6, párr. 24.
- (39) Cfr. P. Roberts/A. Zuckerman, *Criminal Evidence* (Oxford: OUP 2004), p. 47-48. Curiosamente, esta pasividad del juez está basada en la convicción de que es una garantía para un juicio justo (R.J. Delise/D. Stuart, *Learning Canadian Criminal Procedure*, 7ª edición, Toronto 2003, p. 523).
- (40) Para la terminología y estructura ver K. Ambos, “International criminal procedure: adversarial, inquisitorial or mixed?” 3 ICLR (2003), p. 2 y ss.; para un análisis comparado innovador, tanto de las tradiciones “inquisitivas” como “adversariales”, ver R. Vogler, *A world wide view of criminal justice* (Aldershot: Ashgate 2005), p. 1 y ss.
- (41) Por el contrario, puede argumentarse que la familiarización de testigos en el sentido anteriormente señalado (supra nota 3 y texto principal), no puede ser objetada ni siquiera en estos sistemas puesto que es una práctica útil y necesaria para ayudarlos a afrontar adecuadamente sus funciones ante el tribunal.
- (42) Cfr. acerca de la importancia de la preparación para el interrogatorio cruzado, L. Ellison, “Witness preparation and the prosecution of rape”, 27 *Legal Studies* (2007), 171, p. 175 y ss., con respecto a casos de violación y la nota infra 85.
- (43) Tomar como ejemplo el caso alemán, en donde el § 239 de la StPO provee una forma de interrogatorio cruzado con respecto a los testigos convocados por el fiscal o la defensa pero que, en la práctica, nunca se aplica. También en Francia rara vez se utiliza en la práctica el interrogatorio cruzado —jurídicamente admisible—, cfr. Frase, en: Bradley (editor), *International Criminal Procedure: A Worldwide Study*, Durham 1999, p. 143, 177.

Por lo tanto, no es de extrañar que la Oficina del Fiscal no indique “ninguna cita del sistema jurídico romano-germánico”<sup>(44)</sup>. En todo caso, la diferencia estructural de los sistemas inquisitivos y adversariales con respecto a la producción y presentación de la prueba, muestra la esencial “dimensión del sistema” del *proofing*. Si uno concibe al proceso ante la CPI como un proceso mixto, tal como hace este autor<sup>(45)</sup>, en donde el fiscal y la defensa están comprometidos con la verdad y no con sus respectivos casos [ver art. 54 (1)(a)], y en donde los testigos son testigos de la verdad, en lugar de ser de una de las partes, tal como es entendido por la Sala de Cuestiones Preliminares I<sup>(46)</sup>, la preparación de los testigos por una de las partes en el sentido del *proofing* es una contradicción estructural; la única preparación posible sería una conjunta, tal como fue reconocido por la Sala de Primera Instancia I respecto a los peritos<sup>(47)</sup>, o la preparación por un órgano independiente, como la UTV.

Aun si uno identificara una tendencia adversarial preponderante en el procedimiento de la CPI, igualmente se requeriría un principio general en el sentido del art. 21 (1), y tal

principio no puede ser establecido. Aparte de la ausencia de esta práctica en los sistemas romano-germánicos, inclusive en los llamados *sistemas adversariales* esta práctica no es de ningún modo uniforme<sup>(48)</sup>. Demostraré esto con respecto a aquellos sistemas más importantes, a saber Inglaterra, Gales y los EE.UU. La situación en Inglaterra-Gales se caracteriza por la separación formal de las funciones investigativas y de juicio, entre *solicitors* y *barristers*<sup>(49)</sup>. Como los últimos están a cargo de la dirección del caso solo durante la etapa de juicio, en tanto abogados especialistas en litigio, no están facultados a entrevistar testigos durante la fase preparatoria<sup>(50)</sup>. La entrevista incluye discutir con cualquier testigo el contenido de su declaración o la declaración de otro testigo<sup>(51)</sup>. Un *barrister* puede contactar un testigo solo por cuestiones no relacionadas con la prueba específica que va a dar en el tribunal, entre otras cosas puede explicarle al testigo los procedimientos del tribunal<sup>(52)</sup>. Solo cuando el *barrister* actúa como abogado de la acusación puede, si es instruido a hacerlo, entrevistar a potenciales testigos<sup>(53)</sup>. Los *solicitors* son principalmente activos en la fase preparatoria, y por lo tanto

necesariamente tienen que tener contacto con los testigos en esta etapa<sup>(54)</sup>. Están facultados para entrevistar y tomar declaraciones de cualquier testigo o potencial testigo en cualquier etapa del proceso<sup>(55)</sup>. Sin embargo, tanto para el *barrister* actuando como abogado de la acusación, como para el *solicitor*, los respectivos códigos establecen límites claros para la entrevista de testigos, a saber, no se les permite:

“(a) poner bajo cualquier tipo de presión a los testigos que están entrevistando a fin de que proporcionen un relato que no sea verdadero;

(b) ensayar, practicar o entrenar a los testigos en relación a su declaración o la forma en que deberían brindarla”<sup>(56)</sup>.

Presionar a un testigo en el sentido mencionado en (a) puede ser punible de acuerdo con la sección 7 de la *Perjury Act* de 1911<sup>(57)</sup>. La declaración de un testigo preparado es considerada como prueba indebida (*unfair*) y por lo tanto no es admitida en el juicio<sup>(58)</sup>. De hecho, la Corte de Apelaciones en *R. v. Momodou and Limani*, una decisión fundamental ya mencionada al principio de este ensayo<sup>(59)</sup>,

explícitamente prohibió el entrenamiento y la preparación de testigos<sup>(60)</sup>. La Corte vio una

“**Tanto para el barrister, actuando como abogado de la acusación, como para el solicitador, se establecen límites claros para la entrevista de testigos: no se les permite poner bajo cualquier tipo de presión a los testigos que están entrevistando a fin de que proporcionen un relato que no sea verdadero.**”

“distinción dramática” entre lo recién señalado y la familiarización, y destacó los riesgos “inherentes” al entrenamiento de los testigos teniendo en miras la declaración no influenciada del testigo que se pretende:

“Aun si el entrenamiento tuviese lugar cara a cara con alguien completamente remoto a los hechos propios del caso, el testigo puede llegar, incluso inconscientemente, a apreciar qué aspectos de su declaración quizá no son consistentes con lo que otros están diciendo, o incluso que no es lo que se espera de él. Un

(44) Crit. CPI-SPI I, supra nota 2, párr. 41.

(45) Cfr. Ambos, “The structure of international criminal procedure: Adversarial, inquisitorial or mixed?”, en: Bohlander (ed.), *International criminal justice: a critical analysis of institutions and procedures* (London: Cameron May, 2007), p. 431 y pássim con mayores referencias.

(46) Ver supra nota 22.

(47) Supra nota 15.

(48) CPI-SPI I, supra nota 2, párr. 39-42; CPI-SCP I, supra nota 2, párr. 12: “número de expresiones”, “difieren ampliamente de jurisdicción en jurisdicción”.

(49) F. Lyall, *An Introduction to British Law*, 2ª ed. Baden-Baden 2002, p. 42; A. Sanders, en P. Tak, *Task and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Volumen 1, Nijmegen 2005, p. 121; R.C. Wydick, “The ethics of witness coaching”, 17 *Cardozo L. Rev.* (1995) 1, p. 5 y ss.

(50) Las reglas relevantes son los párrs. 704 a 708 (especialmente párr. 705) del *Código de Conducta* (Bar Council, Bar Standards Board, 8ª ed. octubre de 2004, [www.barstandardsboard.rroom.net/standardsandguidance/codeofconduct/](http://www.barstandardsboard.rroom.net/standardsandguidance/codeofconduct/)). Las mismas han sido delineadas en forma más concreta en la sección 3 del *Código Written Standards for the Conduct of Professional Work* <[www.barstandardsboard.rroom.net/standardsandguidance/codeofconduct/writtenstandardsfortheconductofprofessionalwork/](http://www.barstandardsboard.rroom.net/standardsandguidance/codeofconduct/writtenstandardsfortheconductofprofessionalwork/)> y los Consejos en la *Preparación de Testigos*, elaborada en octubre de 2005 a la luz de la decisión en *Momodou* (supra nota 4) <[www.barstandardsboard.rroom.net/standardsandguidance/witnesspreparation-momodouandlimani/](http://www.barstandardsboard.rroom.net/standardsandguidance/witnesspreparation-momodouandlimani/)>.

(51) Párr. 6. 3. 1 *Written Standards*, supra nota 50.

(52) Párr. 6. 1. 3 *Written Standards*, supra nota 50; para más ejemplos ver párr. 6. 1. 4.

(53) Cfr. párr. 6.3.2 *Written Standards*, supra nota 50.

(54) Ver, en general, *The Law Society*, Código para los abogados defensores (*Code for Solicitor Advocates*), última modificación del 13 de enero de 2003 <[http://lawsociety.org.uk/documents/downloads/Profethics\\_Advocacy.pdf](http://lawsociety.org.uk/documents/downloads/Profethics_Advocacy.pdf)>

(55) Principio 21.10 de la Guía de Conducta Profesional de la *Law Society* tal como fue citada en *Crown Prosecution Service, Pre-trial Interviews by Prosecutors, A Consultation Paper*, párr. 4; lo mismo se deduce, a contrario, del párr. 6 (5) del Código para los abogados defensores de la *Law Society*, supra nota 49, puesto que esta provisión se refiere a “la entrevista del testigo fuera del tribunal”.

(56) Cfr. párr. 6 (5) Código para los abogados defensores, supra nota 56; ver también párr. 705 (a), (b) Código de Conducta, supra nota 50 (“(a) *place witnesses who are being interviewed under any pressure to provide other than a truthful account of their evidence; (b) rehearse, practise or coach witnesses in relation to their evidence or the way in which they should give it*”).

(57) La sección 7 considera responsable al “*aider and abettor*” [N. del T. Esta pareja conceptual debe entenderse como cooperación física o psíquica con influencia sustancial sobre el hecho principal. Ver K. mbos, *La parte general del derecho penal internacional*, Temis, Bogotá, 2006, p. 246 y ss.] de un acto de perjurio dentro del significado de la secc. 1, esto es, una declaración falsa, obetiva o subjetivamente, hecha a sabiendas por un testigo <[http://www.england-legislation.hmso.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1911/cukpga\\_19110006\\_en\\_1](http://www.england-legislation.hmso.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1911/cukpga_19110006_en_1)>

(58) Ellison, supra nota 42, p. 182 refiriendo a *R. v. Salisbury* y sección 78 de *The Police and Criminal Evidence Act 1984*.

(59) Ver supra nota 4, párr. 61-65.

(60) *Ibid.*, párr. 61.

testigo honesto puede alterar el énfasis de su declaración para acomodar lo que él piensa que puede ser una percepción de los eventos diferente, más precisa o simplemente mejor recordada. Un testigo deshonesto rápidamente calculará cómo su testimonio puede ser “mejorado”. Estos peligros están presentes en el entrenamiento cara a cara. (...) Aunque nada de esto es inevitable, el riesgo de que el entrenamiento o la preparación pueden afectar adversamente la precisión de la declaración del testigo, es constante. Por lo tanto, repetimos, el entrenamiento de los testigos en los juicios penales está prohibido<sup>(61)</sup>.

En consecuencia, aunque el entrenamiento está prohibido, la familiarización está permitida, incluso es bienvenida bajo la condición de que no involucre discusiones acerca de la declaración<sup>(62)</sup>.

El Código de Práctica publicado por el Servicio de Persecución de la Corona<sup>(63)</sup> provee una guía más detallada en cuanto al contenido

preciso de la entrevista a los testigos previa al juicio. La entrevista ayudará al fiscal “a valorar la fiabilidad de la declaración de un testigo o a entender prueba compleja”<sup>(64)</sup>. A estos fines, el testigo puede ser interrogado acerca del contenido de su declaración, lo cual puede incluir “llevar al testigo de principio a fin de su declaración, hacer preguntas para clarificar y ampliar la declaración, hacer preguntas vinculadas a su carácter, explorar nueva prueba o investigar el relato del testigo”<sup>(65)</sup>. La asistencia del testigo a esta entrevista es “voluntaria y no puede ser compelida”, el fiscal debe permanecer “objetivo y desapasionado en todo momento”<sup>(66)</sup>, en particular con respecto a las respuestas dadas por el testigo<sup>(67)</sup>. En cuanto a los límites de esta entrevista, generalmente se dice, en primer término, que “no debe ser realizada con el propósito de mejorar la declaración del testigo o su *performance*”<sup>(68)</sup>. Más específicamente, está prohibida la influencia indebida o la presión equivalente al “entrenamiento” y a la “preparación”: “los fiscales no deben bajo ninguna circunstancia entrenar, practicar o preparar al testigo o hacerle

(61) *Ibid.* (“Even if the training takes place one-to-one with someone completely remote from the facts of the case itself, the witness may come, even unconsciously, to appreciate which aspects of his evidence are perhaps not quite consistent with what others are saying, or indeed not quite what is required of him. An honest witness may alter the emphasis of his evidence to accommodate what he thinks may be a different, more accurate, or simply better remembered perception of events. A dishonest witness will very rapidly calculate how his testimony may be ‘improved’. These dangers are present in one-to-one witness training. (...) Although none of this is inevitable, the risk that training or coaching may adversely affect the accuracy of the evidence of the individual witness is constant. So we repeat, witness training for criminal trials is prohibited”).

(62) *Ibid.*, párr. 62: “Los preparativos anteriores al juicio a fin de familiarizar a los testigos con las disposiciones del tribunal, la probable secuencia de eventos cuando deba prestar testimonio, y hacer una evaluación objetiva de las diferentes responsabilidades de los diversos participantes (...) generalmente son bienvenidos. Los testigos no deberían estar en desventaja por la ignorancia del proceso, ni tampoco deberían ser tomados por sorpresa por su dinámica de trabajo cuando prestan declaración”. En los párr. 63-65 se dan consejos para esta práctica.

(63) *Crown Prosecution Service, Pre-trial witness interviews: Code of practice*, diciembre de 2005, <[http://www.cps.gov.uk/victims\\_witnesses/interviews.html](http://www.cps.gov.uk/victims_witnesses/interviews.html)>. El Código de práctica está basado en el Reporte del Fiscal General de 2004 y provee una orientación para los fiscales en ciertas áreas del *Crown Prosecution Service* como parte de un plan piloto.

(64) *Ibid.*, párr. 2.1.

(65) *Ibid.*, párr. 2.3.

(66) *Ibid.* párr. 6.1., 6.2.

(67) *Ibid.*, párr. 7.3.

(68) *Ibid.*, párr. 2.2.

preguntas que puedan contaminar la prueba del testigo. Las preguntas tendenciosas deben ser evitadas”<sup>(69)</sup>. Cualquier apartamiento del estándar “desapasionado” mencionado anteriormente conlleva “el riesgo de acusaciones de que el testigo ha sido guiado o preparado en su declaración”<sup>(70)</sup>. Si hay contradicciones entre las declaraciones de los testigos pueden ofrecerse “relatos alternativos”, pero no puede sugerírsele a los testigos que “ellos adopten el relato alternativo”<sup>(71)</sup>.

Una situación diferente se presenta en los EE.UU.<sup>(72)</sup>. Aquí, la preparación de los testigos es ampliamente ejercida y aún deben establecerse límites precisos. De hecho, la preparación de testigos es entendida como un término genérico que abarca tanto la familiarización como también el *proofing*<sup>(73)</sup>, y por lo tanto no conlleva una distinción clara y tajante entre la conducta permitida y la prohibida. Por supuesto, la difícil pregunta acerca

de dónde fijar la línea entre la preparación permitida (en el sentido de familiarización) y la preparación prohibida (en el sentido de alterar “el relato de un testigo acerca de los hechos en cuestión”<sup>(74)</sup>), ha generado un intenso debate acerca de las limitaciones éticas de la preparación de testigos<sup>(75)</sup>, un debate que se retrotrae al famoso *dictum* del juez Francis Finch de la Corte de Apelaciones de Nueva York<sup>(76)</sup> en 1880, en donde se sostuvo:

“Aunque un abogado discreto y prudente puede perfectamente averiguar antes del juicio lo que los testigos efectivamente conocen, así como el alcance y los límites de sus memorias, como una guía para sus propios interrogatorios, no tiene ningún derecho, legal o moral, de ir más allá. Su deber es extraer los hechos del testigo, no volcarlos dentro de él; aprender lo que el testigo conoce, no enseñarle lo que debería saber”<sup>(77)</sup>.

(69) *Ibid.*, párr. 7.1.

(70) *Ibid.*, párr. 7.3.

(71) *Ibid.*, párr. 7.2.

(72) Cfr. A. Watson, “Witness preparation in the United States and England & Wales”, 164 *Justice of the Peace* (14 de octubre de 2000), 816, p. 816 y ss., 820-21.

(73) Cfr. J. S. Applegate, supra nota 15, p. 278: “cualquier comunicación entre un abogado y un posible testigo (...) que tenga por finalidad mejorar el contenido o la presentación del testimonio que va a ser brindado en juicio o alguna otra audiencia”.

(74) R. C. Wydick, supra nota 49, p. 2, propone distinguir entre tres grados de preparación de acuerdo al *mens rea* del abogado y si su conducta fue abierta o solapada (p. 3-4, 18 y ss.). Todos estos grados interfieren con la función de búsqueda de la verdad del tribunal pero el primero y el segundo incluso equivalen a inducir al testigo al falso testimonio o perjurio.

(75) Ver Applegate, supra nota 15, p. 281 y *passim*; Wydick, supra nota 49 p. 1 y ss.; L. R. Salmi, “Don’t walk the line: Ethical considerations in preparing witnesses for deposition and trial”, 18 *Review of Litigation* (1999), 136, p. 136 y ss.; Watson, supra nota 72, p. 818 y ss.; P.J. Kerrigan, “Witness preparation”, 30 *Texas Tech L.Rev.* (1999), 1367, p. 1369 y ss.; F.C. Zacharias/S. Martin, “Coaching witnesses”, 87 *Kentucky Law Journal* (1999), 1001, p. 1011 y ss.

(76) Debido al sistema federal de los EE.UU., la estructura judicial es diferente en el nivel de la Federación y en el de los Estados federados individuales, y a veces también es diferente entre los Estados federados, cfr. con más detalle Gerberding, *Das Rechtsmittelsystem im US-amerikanischen Strafverfahren*, 2005, p. 23 y ss., y los apéndices A (p. 221 y ss.) y B (p. 225 y ss.). La Corte de Apelaciones de Nueva York es el tribunal superior del Estado de Nueva York (*ibid.*, apéndice B, p. 260).

(77) *In re Eldridge*, 37 N.Y. 161, 171 (N.Y. 1880), citado de acuerdo a Wydick, supra nota 49, p. 52 (“While a discrete and prudent attorney may very properly ascertain from witnesses in advance of the trial what they in fact do know, and the extent and limitations of their memory, as a guide for his own examinations, he has no right, legal or moral, to go further. His duty is to extract the facts from the witness, not to pour them into him; to learn what the witness does know, not to teach him what he ought to know”).

En forma similar, en una decisión reciente, la corte de Maryland dijo en *State v. Earp*:

**“Aunque haya una necesidad institucional y un deber estratégico en la preparación de testigos, se reconoce que esta práctica interfiere con la función del tribunal de búsqueda de la verdad, y puede en última instancia distorsionar la memoria del testigo y, por lo tanto, la verdad.”**

“[p]uesto que la línea que existe entre la preparación de testigos perfectamente aceptable (...) y la influencia impermisible de testigos (...) a veces puede ser delgada y difícil de discernir, los abogados están bien advertidos de prestar atención al sabio consejo (...) de ejercitar el mayor de los cuidados y precaución para extraer, y no insertar, la información, y a resistir, por todos los medios, la tentación de influir o afectar el testimonio de los testigos”<sup>(78)</sup>.

Hay un acuerdo general en que la preparación de testigos es una parte integral del sistema adversarial<sup>(79)</sup> —dadas sus características

centrales de búsqueda de la verdad en cabeza de las partes, y de un tribunal pasivo<sup>(80)</sup>—, y que incluso es una obligación del abogado preparar a sus testigos<sup>(81)</sup>. Sin embargo, aunque haya una necesidad institucional y un deber estratégico en la preparación de testigos<sup>(82)</sup>, igualmente se reconoce que esta práctica interfiere con la función del tribunal de búsqueda de la verdad<sup>(83)</sup>, y puede en última instancia distorsionar la memoria del testigo y, por lo tanto, la verdad<sup>(84)</sup>. La eficacia del interrogatorio cruzado de neutralizar estos peligros es, en el mejor de los casos, dudosa<sup>(85)</sup>, y para algunos autores esta expectativa no es “nada más que una cuestión de fe”<sup>(86)</sup>. En realidad, el motivo esencial que dificulta el establecimiento de una línea clara y tajante entre lo permitido y lo prohibido<sup>(87)</sup> está dado por la tensión intrínseca entre la representación de las partes, y la búsqueda de la verdad. En la práctica, el derecho es ambivalente y los límites éticos de la preparación de testigos son controvertidos y difusos. Las Reglas Modelo para la Conducta Profesional de la *American Bar Association*, adoptada en casi todos los estados de EE.UU., contienen solo unas pocas provisiones generalmente aplicables a la

(78) *State v. Earp*, 571 A.2d 1227, 1234-35 (Md. 1990) (“[b]ecause the line that exists between perfectly acceptable witness preparation (...) and impermissible influencing of the witness (...) may sometimes be fine and difficult to discern, attorneys are well-advised to heed the sage advice (...) [to] exercise the utmost care and caution to extract and not to inject information, and by all means to resist the temptation to influence or bias the testimony of the witnesses”).

(79) Ver, entre otros, Applegate, supra nota 15, p. 341: “hijo del sistema adversarial” (child of the adversary system).

(80) Applegate, supra nota 13, p. 282, 324, 333 y ss., 341, 342 y 352; conc. Wydick, supra nota 49, p. 12-13; Kerrigan, supra nota 75, p. 1367-68; Salmi, supra nota 75, p. 141; Zacharias/Martin, supra nota 75, p. 1010.

(81) Applegate, supra nota 15, p. 287; Salmi, supra nota 75, p. 141.

(82) Applegate, supra nota 15, p. 338.

(83) Applegate, supra nota 15, p. 328, 334; Watson, supra nota 72, p. 819.

(84) Applegate, supra nota 15, p. 282, 328 y ss.; Wydick, supra nota 49, p. 9 y ss.; Watson, supra nota 72, p. 818-19 y 822.

(85) Cfr. Applegate, supra nota 13, 307 y ss. (311); crit. también Salmi, supra nota 75, p. 142-43. Muy poco crítico Karemaker et ál., supra nota 26, p. 4.2.4.1. refiriéndose al interrogatorio cruzado como la herramienta más importante para mitigar el riesgo percibido del *proofing* de testigos.

(86) J. H. Langbein, “The German Advantage in Civil Procedure”, 52 U. Chi. L. Rev. (1985) 823, p. 833 n.31; conc. Applegate, supra nota 15, p. 311.

(87) Applegate, supra nota 15, p. 326 y 341.

preparación de testigos<sup>(88)</sup> que, en suma, prohíben la creación de prueba falsa mediante la inducción a los testigos al falso testimonio y al perjurio<sup>(89)</sup>. Sin embargo, considerando que los límites éticos no son claros, casi todas las técnicas de preparación de testigos pueden ser convertidas en conductas no éticas cuando son aplicadas con el objetivo de alterar o distorsionar los hechos<sup>(90)</sup>. Así, por ejemplo, refrescar la memoria de un testigo es considerado “[U]na de las áreas más frágiles al averiguar la versión del testigo sobre los hechos”, puesto que “la percepción de los testigos sobre hechos críticos son fácilmente erosionados y distorsionados con el tiempo”<sup>(91)</sup>. También el ensayo, considerado “la última técnica en la preparación de testigos”<sup>(92)</sup>, para algunos necesario “para lograr que el testigo se sienta más cómodo”<sup>(93)</sup> y prepararlo para el examen cruzado<sup>(94)</sup>, es sumamente controvertido ya que trata al juicio como “un guión escrito por abogados”<sup>(95)</sup>, y “se ubica incómodamente cerca de la línea entre el conocimiento del abogado que ayudaría al caso, y el consejo del abogado hacia el cliente acerca de cómo ayudar al caso”<sup>(96)</sup>. En definitiva, un análisis individual de cada técnica conduce a oponerse a

los pares conceptuales —refrescar/contaminar, aconsejar/memorizar, desarrollar/crear hechos, familiarización/preparación, etc.— que expresan lo permitido y lo no permitido, pero muestran, al mismo tiempo, cuán delgada es la línea entre ambos dos. Para algunos autores, esta situación ha puesto en crisis los mismos cimientos del sistema de justicia penal:

“En los años recientes, la reputación de la profesión legal norteamericana se ha menoscabado porque la gente común no confía en los abogados, y piensa que todos ellos son unos sinvergüenzas que les aconsejarán a sus testigos y clientes que digan cualquier cosa con tal de ganar una demanda”<sup>(97)</sup>.

### c) Conclusión

De lo dicho anteriormente se desprende con claridad que el *proofing* no tiene ningún sustento legal en el Estatuto CPI, ni en los instrumentos complementarios. En particular, teniendo en cuenta la práctica limitada, e inclusive inconsistente, de la preparación de testigos en el sistema adversarial, la Sala de Cuestiones Preliminares I lleva la razón al decir que “la práctica del *proofing* de testigos

(88) Reglas Modelo de Conducta Profesional (2007), ver por ejemplo la regla 1.2 (d) que establece que el “abogado no debe aconsejar al cliente a participar, o asistirlo, en alguna conducta que el abogado sabe que es delictiva o fraudulenta”, o la regla 3.4. (b) que ordena que el “abogado no debe (...) asistir al testigo a declarar falsamente”. <[http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc\\_toc.html](http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc_toc.html)>.

(89) Ver también R.D. Rotunda/J.S. Dzienkowski (eds.), *The lawyer's deskbook on professional responsibility current through the 2007-2008 edition*, § 3.4.-3(e): “Los abogados pueden entrevistar testigos y prepararlos para el juicio, pero no pueden “sugerirle” a un cliente o testigo que declare falsamente”; ver también Salmi, supra nota 75, p. 138.

(90) Salmi, supra nota 75, p. 154 y ss.; acerca de la importancia del conocimiento ver también Applegate, supra nota 15, p. 343 y Wydick, supra nota 49, tal como fue citado supra en nota 74.

(91) Salmi, supra nota 75, p. 157.

(92) Applegate, supra nota 15, p. 323.

(93) Salmi, supra nota 75, p. 165.

(94) Watson, supra nota 72, p. 818.

(95) Applegate, supra nota 15, p. 323; también Salmi, supra nota 75, p. 165.

(96) Applegate, supra nota 15, p. 323; crit. también Wydick, supra nota 49, p. 15-16.

(97) Salmi, supra nota 75, p. 178 (“In recent years, the American legal profession's reputation has suffered because lay people do not trust lawyers, and they believe that all attorneys are crooks who will tell their witnesses and clients to say anything in order to win a lawsuit”).

(...) no está contemplada por ningún principio general del derecho<sup>(98)</sup>, refiriendo a diversas jurisdicciones como Brasil, Francia, Alemania y España, por un lado, y a Inglaterra-Gales y los EE.UU., por el otro<sup>(99)</sup>. En rigor de verdad, las formas de *proofing* sugeridas por la Oficina del Fiscal, entre otras, refrescar la memoria del testigo o permitir una presentación de la declaración en el juicio más ordenada y eficiente<sup>(100)</sup>, iría directamente en contra de los principios establecidos por las reglas recientemente mencionadas en Inglaterra-Gales<sup>(101)</sup>, y algunas de las consideraciones éticas discutidas en los EE.UU. La incompatibilidad con estos estándares se ve agravada por el hecho de que las entrevistas previas al juicio llevadas a cabo por la Oficina del Fiscal están directamente relacionadas con el caso *Lubanga*, y por lo tanto entran en conflicto con el principio general de que "(...) este tipo de entrenamiento (...) no debería ser dispuesto en el contexto, o no debería estar relacionado, con ningún juicio próximo", y los "entrenadores" no deberían tener conocimiento personal del caso en cuestión, a fin de evitar cualquier impacto sobre él<sup>(102)</sup>. En contra de esta situación uno inclusive podría sostener que "sería el deber del fiscal abstenerse de emprender la práctica del *proofing* de testigos"<sup>(103)</sup>. En todo caso, teniendo en cuenta

la ausencia de un principio general, y por lo tanto de un sustento legal para el *proofing*, esta práctica debe ser considerada "prohibida" bajo el régimen legal actual de la CPI<sup>(104)</sup>.

## 2. *Lege ferenda*: ¿es necesario el *proofing* de testigos?

Si bien es cierto que la CPI y los TPIY/TPIR no están mutuamente obligados por su jurisprudencia<sup>(105)</sup>, y que el marco procesal establecido por el Estatuto CPI se aparta sustancialmente del de los tribunales ad hoc<sup>(106)</sup>, la práctica del TPIY/TPIR lleva a preguntarse si las ventajas del *proofing* son tan abrumadoras que deberían estar previstas en el Estatuto CPI. De acuerdo a la Oficina del Fiscal, las ventajas son las siguientes<sup>(107)</sup>:

- (i) proveer una revisión detallada de los hechos relevantes e irrelevantes a la luz de los cargos precisos que van a ser juzgados;
- (ii) refrescar la memoria de los testigos sobre eventos pasados mediante la revisión de declaraciones previas;
- (iii) asegurar que el testigo es consciente de los asuntos sobre los cuales no se le permite testificar (por ejemplo, debido a una decisión previa de la Sala acerca de la inadmisibilidad de la prueba);

(98) CPI-SCP I, supra nota 2, párr. 42.

(99) *Ibid.*, párr. 37.

(100) Presentaciones del fiscal, supra nota 8, párr. 16.

(101) Ver también CPI-SCP I, supra nota 2, párr. 40. Para una postura diferente, ver Karemaker et ál., supra nota 26, 3.4. con nota al pie 34 que, sin embargo, no analiza la práctica en Inglaterra-Gales y no menciona la controversial discusión en los EE.UU.

(102) *R v. Momodou*, supra nota 4, párr. 62; Ellison, supra nota 42, p. 186.

(103) CPI-SCP I, supra nota 2, párr. 42.

(104) CPI-SPI I, supra nota 2, párr. 57.

(105) Ver desde la perspectiva del TPIY/TPIR: *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 26, párr. 7; *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 13; desde la perspectiva de la CPI: CPI-SPI I, supra nota, párr. 44-45. Por lo tanto, es irrelevante, tal como fue expuesto en *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 30, párr. 8, que no tenga un conocimiento exhaustivo de la práctica de los tribunales ad hoc.

(106) CPI-SCP I, supra nota 2, párr. 44-45. Para un análisis comparado, ver Ambos, supra nota 45, p. 453 y ss., 475 y ss.

(107) Presentaciones del fiscal, supra nota 8, párr. 16.

(iv) permitir que la declaración del testigo en el juicio sea más precisa, completa, ordenada y eficiente;

(v) identificar y notificar a la defensa de cualquier diferencia en el recuerdo de los hechos, de modo tal que se eviten sorpresas indebidas<sup>(108)</sup>.

Además, al "clarificar la declaración que va a ser prestada, evaluando la credibilidad del testigo y revelando a la defensa cualquier información nueva, adicional o contradictoria, el *proofing* puede producir significativas mejoras en la economía judicial y en la precisión de los testimonios"<sup>(109)</sup>. La Oficina del Fiscal incluso va más allá al decir que el *proofing*, "dentro de ciertos límites, mejora la capacidad de la Corte de establecer la verdad"<sup>(110)</sup>. Esta misma posición ha sido propuesta en un artículo reciente por Taylor, Karemaker y Pittman<sup>(111)</sup>.

Sin embargo, aunque no puede negarse que la preparación de testigos, en principio, puede ser una "práctica útil"<sup>(112)</sup>, sus ventajas no superan los riesgos señalados anteriormente. En primer lugar, la práctica nacional en Inglaterra & Gales y los EE.UU. no indica que el *proofing* de testigos vaya a contribuir con la verdad, por el contrario, tal como fue correctamente valorado por la Sala de Primera Instancia I, encierra el serio riesgo de distorsionar la verdad teniendo en cuenta el "ensayo del testimonio en la corte" que se hace previamente, y la consecuente falta de "espontaneidad útil" durante el testimonio en el juicio<sup>(113)</sup>. Asimismo, el *proofing* de testigos colisiona con varios principios de *fair trial*<sup>(114)</sup>. Por un lado, se viola el principio del juicio público puesto, que la declaración es parcialmente ensayada antes del verdadero juicio, entre una de las partes y el testigo en privado. Por el otro, el *proofing* colisiona con el principio de

(108) "(i) Providing a detailed review of relevant and irrelevant facts in light of the precise charges to be tried; (ii) Refreshing the witness's memory of past events through a review of previous statements; (iii) Ensuring the witness is aware of any issues on which he/she is not permitted to testify about (for instance, due to a previous ruling by the Chamber on inadmissibility of evidence); (iv) Enabling a more accurate, complete, orderly and efficient presentation of the evidence of a witness in the trial; (v) Identifying and putting the Defence on notice of any differences in recollection, thereby preventing undue surprise".

(109) *Ibid.*, párr. 17.

(110) *Ibid.*, párr. 9.

(111) Karemaker et ál., supra nota 26, espec. 4.

(112) Ver también TPIR, *Prosecutor v. Karemera*, supra nota 30, párr. 17-18; TPIY, *Pros. v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 20.

(113) CPI-SPI I, supra nota 2, párr. 46-52. Para Karemaker et ál., supra nota 26, 4.2.2 con la nota al pie 64, esta posición es "confusa" (puzzling), pero ellos argumentan desde la perspectiva del juicio adversarial con un rol específico de las partes en la presentación de la prueba (ver *ibid.*: "Si las partes han de tener algún rol significativo en la presentación de la prueba ...") e ignoran, contradiciendo su declaración inicial ("no ... considerar a la decisión en 'Dyilo' en los sencillos términos de lucha 'adversarial v. inquisitivo', l.), la naturaleza distinta (mixta) del procedimiento de la CPI con un rol menos activo de las partes. También descartan los riesgos inherentes en el *proofing* de testigos en forma demasiado apodictica diciendo que "el *proofing* no es ensayo, práctica o entrenamiento" (p. 4.2.1.), con lo que ignoran la controversial discusión en Inglaterra-Gales, e incluso en los EE.UU. Además, enumeran cuatro "principios" que podrían mitigar los riesgos del *proofing*, pero si bien estos principios podrían haber tenido los efectos deseados en los Tribunales ad hoc, no está claro qué efectos tendrán en la CPI, especialmente porque dos de ellos (interrogatorio cruzado, desacato al tribunal) son prácticas típicas del juicio adversarial y no necesariamente van a recibir la misma aceptación en la CPI -aparte de su cuestionable eficiencia incluso en estas jurisdicciones, ver supra nota 80. Ver también mi respuesta en 21 LJIJL (2008) volumen 4 (próximamente).

(114) Estas preocupaciones son ignoradas por Karemaker et ál., supra nota 26, diciendo en forma apodictica en la nota al pie 63 (refiriendo al *timing* de la presentación de nueva prueba) que "estas preocupaciones son extraordinariamente importantes" pero "no implican directamente el valor relativo del *proofing* puesto que los jueces internacionales incuestionablemente poseen las herramientas para remediar cualquier afectación al debido proceso".

igualdad de armas, el cual es especialmente importante en el derecho procesal penal internacional<sup>(115)</sup>. Aunque la defensa pueda llevar a cabo entrevistas previas al juicio<sup>(116)</sup> (y en este contexto “poner a prueba” a sus testigos), y de hecho lo hace en los sistemas adversariales, en el proceso penal internacional, con su sistema mixto, esta práctica es de mucho más utilidad para el fiscal, teniendo en cuenta su superioridad en infraestructuras y personal. Por lo tanto, no debe sorprender que la defensa en *Lubanga* rechazara esta práctica<sup>(117)</sup>. Las obligaciones del fiscal de revelar la prueba a la contraparte, solo compensan las desventajas de la defensa si el *proofing* es completado durante la etapa previa al juicio<sup>(118)</sup>, y si la revelación tiene lugar lo antes posible<sup>(119)</sup>. El

problema del *proofing tardío*, y por lo tanto de la revelación tardía, incluso ha sido reconocido por los tribunales ad hoc<sup>(120)</sup>. Por último, pero no por ello menos importante, una familiarización completa y adecuada puede dar respuesta a gran parte de las preocupaciones de la Oficina del Fiscal. De hecho, la Oficina del Fiscal aún no advierte todo el potencial de la familiarización dado que se basa demasiado en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, que no distingue entre familiarización y *proofing*<sup>(121)</sup>. Sea como fuere, la familiarización es suficiente para garantizar que los testigos cumplan con su papel en el juicio, esto es, que presten declaración de la manera más imparcial y exhaustiva posible, recordando siempre la verdad y nada más que la verdad.

(115) Ver solo CPI-SA, *Situation in the DRC in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 - a/0003/06 y a/0105/06 respecto a las “*Directions and Decision of the Appeals Chamber*” del 2 de febrero de 2007, opinión separada del juez Georghios M. Pikis, ICC-01/04-01/06-925, 13.6.2007, párr. 19; CPI-SPI, *Situation in the DRC in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on defence’s request to obtain simultaneous French transcripts, ICC-01/04-01/06-1091, 14 de diciembre de 2007, párr. 18; R. May/M. Wierda, “Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha”, 37 Colum.J. Transnat’l L. (1999), 760 y ss.; S. Negri, “The Principle of ‘Equality of Arms’ and the Evolving Law of International Criminal Procedure”, 5 ICLR (2005), 513.

(116) TPIY, *Prosecutor v. Krstic*, Decision on application for subpoenas, 1 de julio de 2003, IT-98-33-A; TPIR, *Prosecutor v. Karemera*, supra nota 30, párr. 18.

(117) CPI-SPI I, supra nota 2, párr. 17 y ss.

(118) *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 23.

(119) *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 30, párr. 13 con nota al pie 26.

(120) *Prosecutor v. Limaj et ál.*, supra nota 30, p. 3; *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 21.

(121) En la temprana decisión *Prosecutor v. Limaj et ál.*, supra nota 30, el concepto de “familiarización” ni siquiera fue mencionado; en *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 30, párr. 10 (mencionando familiarización separadamente) y párr. 15 (poniéndolo junto con refrescar la memoria del testigo con respecto a la prueba, etc.) ambos conceptos han sido mezclados en una definición; esta misma definición es citada en *Prosecutor v. Karemera et ál.*, supra nota 26, párr. 4. Solo en *Prosecutor v. Milutinovic et ál.*, supra nota 26, párr. 7 se hizo la diferenciación (pero sin limitar la familiarización a la UVT, párr. 10).



## BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht*, 2. edición, München 2008.

– “International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?” *Int. Criminal Law Review (ICLR)* 3 (2003), p. 1-37.

– “The Structure of International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?” in: Michael Bohlander (Hrsg.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, London 2007, p. 429-503.

APPLEGATE, John S.: “Witness Preparation”, *Tex. L.Rev.* 68 (1989), p. 277-352.

DELISE, Ronald J., STUART, Don: *Learning Criminal Procedure*, 7ª edición, Toronto 2003.

ELLISON, Louise: “Witness Preparation and the Prosecution of Rape”, 27 *Legal Studies* (2007), p. 171-187.

FAIRCHILD, Erika, DAMMER, Harry R.: *Comparative Criminal Justice Systems*, 2ª edición, Belmont 2001.

GERBERDING, Patrick: *Das Rechtsmittel-system im US-amerikanischen Strafverfahren*, Frankfurt a.M. 2005 (a la vez, tesis doctoral Göttingen 2004).

GORDLEY, James: “Common Law und Civil Law: eine überholte Unterscheidung”, *ZEuP* 1993, p. 498-518.

HEISS, Helmut: “Hierarchische Rechtskreiseinteilung, Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?”, *ZVglWiss* 100 (2001), p. 396-424.

HUSA, Jaakko: “Classification of Legal Families Today Is It Time for a Memorial Hymn?”, *Revue Internationale de Droit Comparé (R.I.D.C.)* 56 (2004), p. 11-38.

KAREMAKER, Ruben, TAYLOR III, Don B., PITTMANN, Thomas Wayde: “Witness Proofing in International Criminal Tribunals: A Critical Analysis of Widening Procedural Divergence”, 21 *LJIL* (2008) Nr. 3 (en curso de publicación).

KERRIGAN, Patricia J.: “Witness Preparation”, *Texas Tech Law Rev.* 30 (1999), p. 1367-1382.

LANGBEIN, John H.: “The German Advantage In Civil Procedure”, *The University of Chicago Law Rev.* 52 (1985), p. 823-866.

LYALL, Francis: *An Introduction to British Law*, 2ª edición, Baden-Baden 2002.

MAY, Richard, WIERDA, Marieke: “Trends In International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha”, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), p. 725-765.

NEGRI, Stefania: “The Principle of ‘Equality of Arms’ and the Evolving Law of International Criminal Procedure”, *Int. Criminal Law Review (ICLR)* 5 (2005), p. 513-571.

ROBERTS, Paul, ZUCKERMAN, Adrian: *Criminal Evidence*, Oxford 2004.

ROTUNDA, Ronald D., DZIENKOWSKI, John p.: *Legal Ethics - The Lawyer's Deskbook On Professional Responsibility Current through the 2007-2008 Edition*.

SALMI, Liisa Renée: "Don't Walk the Line: Ethical Considerations in Preparing Witnesses for Deposition and Trial", *Rev. of Litigation* 18 (1999), p. 135-179.

SANDERS, Andrew: "Prosecutions in England and Wales" in: Peter J.P. Tak (Hrsg.), *Task and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Band1, Nijmegen 2004, p. 98-127.

SPRACK, John: *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 11ª edición, Oxford 2006.

VOGLER, Richard: *A World View of Criminal Justice*, Asghate 2005.

WATSON, Andrew: "Witness Preparation in the United States and England & Wales" *Justice of the Peace* 164 (14 october 2000), p. 816-822.

WYDICK, Richard C.: "The Ethics of Witness Coaching", *17 Cardozo Law Rev.* (1995), p. 1-52.

ZACHARIAS, Fred C., MARTIN, Shaun: "Coaching Witnesses", *Kentucky Law Journal* 87 (1999), p. 1001-1017.