

INVESTIGACIONES CONFIDENCIALES (ART. 54 (3)(e), ESTATUTO CPI) vs. OBLIGACIONES DE DIVULGACIÓN – EL CASO *LUBANGA* Y EL DERECHO NACIONAL*

KAI AMBOS**

Resumen: Tras una breve introducción a la historia procesal del caso Lubanga (infra I.), el artículo analiza, en su primera parte sustantiva (II.), el régimen de divulgación de la CPI con especial atención a la tensión entre divulgación y confidencialidad como se plantea en Lubanga. Se ofrece una interpretación del art. 54(3)(e) del Estatuto de la CPI que pretende ser compatible con la obligación de divulgación de la Fiscalía (art. 67 (2)). En la segunda parte (III.) se examina la legislación sobre divulgación en Inglaterra y Gales y en los Estados Unidos de América, por su posible contribución al perfeccionamiento del régimen de divulgación de la CPI. Este análisis confirma la gran complejidad de las leyes de divulgación, debido, entre otras razones, a la tensión subyacente entre los derechos de defensa y los intereses opuestos de la seguridad pública o privada. La tensión no puede resolverse mediante reglas en blanco, sino sólo por medio de una base casuística que se esfuerce por realizar un adecuado balance entre el interés público en una persecución eficiente

* Título original: «Confidential investigations (Art. 54(3)(e) ICC Statute) vs. disclosure obligations – The Lubanga case and national law», publicado en *NEW CRIMINAL LAW REVIEW* t. 12 (2009), pp. XXX -Traducción de Lucas Tassara, LLM, Buenos Aires.

** Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad (Georg-August) de Gotinga; Juez de la Corte de Distrito (*Landgericht*) en Gotinga. [kambos@gwdg.de] – Agradezco a mi asistente de investigación y estudiante de doctorado Alexander Heinze por su valiosa colaboración en la preparación de este trabajo. También agradezco a los Dres. Sabine Swoboda (Universidad de Passau) y Kevin Jon Heller (Universidad de Melbourne) por sus provechosos comentarios.

de los crímenes (internacionales) y los derechos (de divulgación) del acusado.

Palabras clave: obligaciones de divulgación; confidencialidad; derechos de defensa; interés público; persecución.

Abstract: After a short introduction to the procedural history of the Lubanga case (infra I.) the paper analyses, in its first substantive part (II.), the disclosure regime of the ICC with particular regard to the tension between disclosure and confidentiality as displayed in Lubanga. An interpretation of Art. 54(3)(e) ICC Statute which pretends to be compatible with the Prosecutor's disclosure obligations (Art. 67 (2)) is offered. In the second part (III.), the law on disclosure/discovery in England & Wales and the U.S.A. is examined with a view to its possible contribution to an improvement of the ICC disclosure regime. This analysis confirms that the law of disclosure is of great complexity, not least because of the underlying tension between defense rights and opposing interests of public or private security. This tension cannot be solved by blanket rules but only on a case-by-case basis that strives for an appropriate balance between the public interest of an efficient prosecution of (international) crimes and the (disclosure) rights of the accused.

Key words: Disclosure obligations; confidentiality; defense rights; public interest; prosecution.

I. Introducción

El 13 de junio de 2008, la Sala de Primera Instancia I de la CPI (de aquí en adelante: «SPI») dispuso el sobreseimiento en la causa seguida ante dicho tribunal con respecto al Sr. Lubanga Dyilo puesto que concluyó, en base a las repetidas violaciones de la Fiscalía de sus obligaciones de divulgación (*disclosure*) establecidas en el art. 67 (2) del Estatuto CPI¹, que «el proceso en primera instancia ha sido perturbado en tal grado que ahora es imposible ensamblar los elementos de un juicio justo»². Algunas semanas más tarde, la misma SPI orde-

¹ Los artículos sin referencia pertenecen al Estatuto CPI.

² Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1401, Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008 [Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado, junto con algunas otras cuestio-

nó la liberación del imputado Lubanga³. En el mismo pronunciamiento la SPI también sostuvo que podría conceder efecto suspensivo a la liberación si se apelara dentro de los cinco días y si así fuere solicitado⁴. Ante esta situación la fiscalía reaccionó de dos maneras. Primero, solicitó autorización para apelar aquella decisión⁵, la cual fue concedida por la SPI respecto a los siguientes agravios⁶:

- La SPI incurrió en un error de derecho al interpretar la naturaleza y el alcance del artículo 54(3)(e).
- La SPI incurrió en un error de derecho y de hecho al caracterizar la conducta de la fiscalía de acuerdo al artículo 54(3)(e).
- La SPI incurrió en error al disponer el sobreseimiento en la causa por ser una medida excesiva y prematura.

Segundo, la Fiscalía presentó una apelación en contra de la decisión liberatoria⁷ a fin de suspender su efecto⁸; la Sala de Apelaciones

nes planteadas en la reunión con las partes de 10 de junio de 2008], párr. 93 (13 de junio de 2008) [«the trial process has been ruptured to such a degree that it is now impossible to piece together the constituent elements of a fair trial»].

³ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1418, Decision on the Release of Thomas Lubanga Dyilo [Decisión relativa a la liberación de Thomas Lubanga Dyilo] (2 de julio de 2008).

⁴ Id., párr. 35.

⁵ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1407, Prosecution's Application for Leave to Appeal «Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain other Issues» [Solicitud de la Fiscalía de autorización para apelar la «Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado, junto con algunas otras cuestiones»] (13 de junio de 2008) (en adelante: «Solicitud del fiscal de junio 2008»).

⁶ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1417, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the 'Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused' [Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de autorización para apelar la 'Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado'] (2 de julio de 2008).

⁷ Conforme al art. 82(1)(b), regla 154 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI [«RPP»] y regulación 64 (1) de las Regulaciones de la Corte.

⁸ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1419, Prosecution's Appeal against «Decision on the Release of Thomas Lubanga Dyilo» and Urgent Application for Suspensive Effect [Apelación de la Fiscalía contra la «Decisión relativa a la liberación de Thomas Lubanga Dyilo» y solicitud urgente de efecto suspensivo] (2 de julio de 2008) (en adelante: «Apelación del fiscal de julio de 2008»).

(SA) concedió el efecto suspensivo el 7 de julio de 2008⁹. Además, el 11 de julio de 2008, la Fiscalía solicitó a la SPI I que deje sin efecto el sobreseimiento en la causa y que reanude el procedimiento por la posibilidad de que se divulguen nuevas pruebas¹⁰. El 3 de septiembre de 2008, la SPI I decidió confirmar el sobreseimiento por cuanto concluyó que aún había demasiados obstáculos para realizar una divulgación adecuada¹¹.

El 14 de octubre de 2008, la Fiscalía decidió retirar su primer y segundo motivo de la apelación¹². De acuerdo a la Fiscalía, quienes habían proveído la información ahora han accedido a dar a la SPI, y, en caso necesario, a la SA, acceso completo a todos los documentos comprendidos en el artículo 54(3)(e)¹³. En opinión de la Fiscalía, sin embargo, esta nueva situación no afectaba el tercer motivo de la apelación, ni la apelación contra la decisión liberatoria¹⁴. El 21 de octubre de 2008, la SA pronunció dos decisiones. Con respecto a que se deje sin efecto el sobreseimiento, rechazó el tercer agravio de la apelación de la fiscalía y confirmó lo que se había decidido. También observó que, de acuerdo a la regla 157 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI («RPP»), una apelación sólo puede ser desistida en

⁹ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1423, Decision on the Request of the Prosecutor for Suspensive Effect of his Appeal Against the «Decision on the Release of Thomas Lubanga Dyilo» [Decisión relativa a la solicitud del Fiscal de efecto suspensivo de su apelación contra la «Decisión relativa a la liberación de Thomas Lubanga Dyilo»] (7 de julio de 2008); Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. CC-01-04-01-06-1444, Reasons for the Decision on the Request of the Prosecutor for Suspensive Effect of his Appeal Against the «Decision on the Release of Thomas Lubanga Dyilo» [Fundamentos de la decisión relativa a la solicitud del Fiscal de efecto suspensivo de su apelación contra la «Decisión relativa a la liberación de Thomas Lubanga Dyilo»] (22 de julio de 2008).

¹⁰ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1431, Prosecution's Application to Lift the Stay of Proceedings [Solicitud de la Fiscalía para dejar sin efecto el sobreseimiento en la causa] (11 de julio de 2008) (en adelante: Solicitud del fiscal de julio de 2008).

¹¹ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1467, Redacted Version of «Decision on the Prosecution's Application to Lift the Stay of Proceedings» [Versión expurgada de la «Decisión relativa a la solicitud de la Fiscalía para dejar sin efecto el sobreseimiento en la causa», párrs. 39 y 40 (3 de septiembre de 2008)].

¹² Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01-04-01-06-1479, Prosecution's Notice to the Registrar of its Discontinuance, as Moot, of the First and Second Grounds of Appeal in its Appeal against Decision to Stay Proceedings [Comunicación de la Fiscalía a la Secretaría de su desistimiento, por haber perdido su objeto, de los motivos de apelación primero y segundo de su apelación contra la Decisión de sobreseer en la causa] (14 de octubre de 2008).

¹³ Id.

¹⁴ Id.

forma total y no en forma parcial¹⁵. Además, la SA señaló que la comunicación del desistimiento carecía de efecto porque:

las cuestiones planteadas en relación con los dos primeros motivos están indisolublemente vinculadas con el tercer motivo de apelación, que el Fiscal desea mantener. Aún cuando el Fiscal jamás hubiese planteado los motivos de apelación primero y segundo, la Sala de Apelaciones tendría que haber considerado las cuestiones planteadas en ellos como parte de su consideración de los argumentos planteados en relación con el tercer motivo de apelación¹⁶.

En su otra decisión, relativa a la liberación del imputado Lubanga, la SA revocó la libertad dispuesta por la SPI por cuanto, básicamente, en el supuesto de un sobreseimiento condicional, como era el caso¹⁷, la Corte no está impedida de manera permanente de ejercer competencia con respecto a la persona de que se trata. Por lo tanto, la liberación incondicional no es una «consecuencia inevitable», especialmente si el sobreseimiento «pued[e] ser dejado sin efecto en un futuro no demasiado distante»¹⁸. De hecho, la SPI I dejó sin efecto el sobreseimiento en la causa el 18 de noviembre de 2008, cuando con-

¹⁵ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01-04-01-06-1486, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled «Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008» [Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I titulada «Decisión relativa a las onsecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la reunión con las partes de 10 de junio de 2008»], párr. 16 (21 de octubre de 2008).

¹⁶ Id., párr. 17 [«the questions raised under the first two grounds are inextricably linked to the third ground of appeal, which the Prosecutor wishes to maintain. Even if the Prosecutor had never raised the first and second grounds of appeal, the Appeals Chamber would have had to consider the issues raised there under as part of its consideration of the arguments raised under the third ground of appeal»].

¹⁷ Ver Prosecutor v. Lubanga, supra nota 2, párrs. 94 y 97, en donde el tribunal sostuvo que el sobreseimiento en la causa era pasible de ser dejado sin efecto en el futuro.

¹⁸ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1487, Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Trial Chamber I entitled «Decision on the Release of Thomas Lubanga Dyilo» [Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I titulada «Decisión relativa a la liberación de Thomas Lubanga Dyilo»], párr. 37 (21 de octubre de 2008). De acuerdo a la Sala de Apelaciones, la Sala de Primera Instancia tiene que considerar todas las circunstancias pertinentes y basar su decisión sobre la liberación o la detención en los criterios de los arts. 60 y 58 (1) (ibid.) [«inevitable consequence», «might be lifted in the not-too-distant future»].

cluyó que las razones que motivaron su dictado se habían «desvanecido»¹⁹. Finalmente, el 26 de enero de 2009 comenzó el juicio a Thomas Lubanga Dyilo ante la SPI I.

II. El régimen de divulgación de la CPI y el caso *Lubanga*

Mientras que el Estatuto sólo provee algunas normas básicas respecto a la divulgación (cf. arts. 54(3)(e), 61(3) y (6), 67(2), 68(5) y 72), las RPP contienen preceptos más detallados aplicables tanto al Fiscal como a la defensa (cf. reglas 76-84 y 121)²⁰. Las obligaciones de divulgación del Fiscal son mucho más amplias que aquellas de la defensa (e.g. la existencia de una coartada, o de motivos para excluir la responsabilidad penal)²¹. Las funciones y facultades otorgadas a las Salas (artículos 57 y 64(2) muestran que el régimen de la divulgación —en principio adversarial— también posee fuertes características inquisitivas²².

A. *Divulgación previa y posterior a la audiencia de confirmación de cargos*

De acuerdo al artículo 67(2) del Estatuto CPI, el Fiscal²³ divulgará a la defensa todas las pruebas (eximentes) que «indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que

¹⁹ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-T-98, Hearing Transcript Trial Chamber I [Transcripción de la audiencia de la Sala de Primera Instancia I] (18 de noviembre de 2008) [«fallen away»].

²⁰ Para un análisis más detallado sobre el régimen de la divulgación en el TPIY, TPIR y CPI, ver K. Ambos, The structure of International Criminal Procedure: 'Adversarial', 'Inquisitorial' or Mixed? en: M. Bohlander (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, p. 464 ss. (Cameron May, 2007). Ver también, Helen Brady, *Disclosure of Evidence* en: *The International Criminal Court*, p. 403 (Roy ss. Lee ed., 2001); Sabine Swoboda, *The ICC Disclosure Regime – A Defence Perspective*, 19 CLF 449, p. 450 ss. (2008); William A. Schabas, *Article 67* en: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, p. 1271 mn. 54 (Otto Triffterer ed., 2008); Bernhard Kuschnik, *International Criminal Due Process in the Making: New Tendencies in the Law of Non-Disclosure in the Proceedings before the ICC*, 9 ICLR 157 ss. (2009).

²¹ Bernhard Kuschnik, cit., p. 161.

²² Id., p. 159.

²³ Acerca de las (limitadas) obligaciones de divulgación de la defensa (que no son relevantes en nuestro contexto), ver regla 78 ss. RPP, y Swoboda, supra nota 20, pp. 455 ss.

puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo»²⁴. Conforme a la regla 77, RPP, el Fiscal permitirá a la defensa acceder a todos los materiales y objetos que estén en su posesión «que sean pertinentes para la preparación de la Defensa o que él tenga el propósito de utilizar como prueba...». Mientras que la divulgación es un proceso continuo que puede durar, en forma paralela a una investigación en curso, hasta la etapa de juicio (cf. regla 84, RPP), la prueba desincriminante en el sentido del art. 67(2) debe ser divulgada «tan pronto como sea posible». Idealmente, esto significaría que la investigación y la correspondiente divulgación tendrían que estar completas al tiempo de la audiencia de confirmación de cargos²⁵, puesto que de otro modo las partes podrían verse sorprendidas por la prueba nueva y el procedimiento se vería postergado por una divulgación tardía²⁶. En todo caso, las normas de la divulgación difieren de acuerdo a la etapa del procedimiento.

Tal como ha sido explicado en otro lugar²⁷, *previo a la audiencia de confirmación de cargos* la Sala de Cuestiones Preliminares debe asegurar que la divulgación se lleve a cabo (art. 61(3) y regla 121(2), RPP), aunque el Fiscal no tiene ninguna obligación normativa de divulgar toda la prueba en esta etapa del procedimiento²⁸. La Fiscalía debe preparar un «documento en que se formulen los cargos» (art. 61(3)(a)), junto a una lista de la prueba relevante (art. 61(3)(a); regla 121(3), RPP; regulación 51 de las Regulaciones de la Corte). Puesto que el material potencialmente eximente también puede contener in-

²⁴ Adopta esta definición: Prosecutor v. Lubanga, supra nota 2, párr. 59; Prosecutor v. Lubanga, supra nota 15, párr. 59 [«shows or tends to show the innocence of the accused, or to mitigate the guilt of the accused, or which may affect the credibility of prosecution evidence»].

²⁵ Cf. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-1/06-568, Judgement on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure Pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence' [Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada «Decisión que establece principios generales que rigen las solicitudes para restringir la divulgación de acuerdo a la regla 81(2) y (4) de las Reglas de Procedimiento y Prueba»], párr. 54 (13 de octubre de 2006).

²⁶ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-1/06-T-75, Hearing Transcript [Transcripción de la audiencia], párr. 5-7 (13 de febrero de 2008).

²⁷ Kai Ambos & Dennis Miller, *Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a Comparative Perspective*, 7 ICLR 335, p. 341 ss. (2007). Ver también, Swoboda, supra nota 20, p. 451 ss.

²⁸ Cf. David Scheffer, *A Review of the Experiences of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Court Regarding the Disclosure of Evidence*, 21 LJIL 151, p. 163 (2008); también en: *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, p. 597 (Carsten Stahn and Göran Sluiter eds., 2009)

formación incriminante, ambos deben ser divulgados en dos categorías separadas²⁹. De acuerdo con la «regla *bulk*» (*bulk rule*) el «grueso» de la divulgación tiene que ocurrir «tan pronto como sea posible» (art. 67(2)), i.e., antes de la audiencia de confirmación de cargos; una divulgación posterior es excepcional y debe ser limitada, en todo caso, a aquellos hechos que han sido conocidos por el Fiscal solo después de esa audiencia³⁰. La regla *bulk* también puede ser interpretada como que aumenta la flexibilidad del régimen de la divulgación antes de la audiencia de confirmación de cargos, al limitar las obligaciones de divulgación del fiscal solo al grueso de las pruebas, en lugar de requerir que cada una de las pruebas eximentes sea divulgada. Esta interpretación también fue sostenida por la magistrada única Steiner en el caso *Katanga/Chui*. Si bien ella expresó su preocupación acerca de las «técnicas de investigación temerarias»³¹ y «el importante número de documentos no divulgados»³², no ordenó —a diferencia de la Sala de Primera Instancia en el caso Lubanga— el sobreseimiento en la causa, sino que en su lugar concluyó que la Fiscalía «había satisfecho la regla *bulk* a los fines de la audiencia de confirmación de cargos» mediante la divulgación de cientos de piezas probatorias potencialmente eximentes³³. Aparte de la regla *bulk*, la juez Steiner discutió «medidas alternativas en lugar de una efectiva divulgación», tal como fue sugerido

²⁹ Swoboda, supra nota 20, pp. 451, 453. El argumento también puede basarse en la práctica del TPIY en donde existen dos reglas diferentes para el material incriminatorio y eximente (reglas 66 y 68, TPIY- RPP), y el Fiscal está obligado a seleccionar el material eximente para la defensa (ver *Prosecutor v. Karemera et al.*, Case No. ICTR-98-44-AR73.7, Decision on Interlocutory Appeal Regarding the Role of the Prosecutor's Electronic Disclosure Suite in Discharging Disclosure Obligations [Decisión relativa a la apelación interlocutoria respecto del rol de la divulgación electrónica del Fiscal en virtud del cumplimiento de sus obligaciones de divulgación], 30 de junio de 2006, párrs. 9-13; *Prosecutor v. Bralo*, Case No. IT-95-17-A, Decision on Motions for Access to Ex-Parte Portions of the Record on Appeal and for Disclosure of Mitigating Material [Decisión relativa a la petición para acceder ex parte al registro de la apelación y para divulgar el material atenuante], 20 de agosto de 2006, párr. 35).

³⁰ En este sentido, *Prosecutor v. Lubanga*, supra nota 26, párr. 121 ss. Ver también *Ambos & Miller*, supra nota 26, p. 343; conc. Swoboda, supra nota 20, p. 453.

³¹ *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC 01/04-01/07, Decision on Article 54(3)(e) Documents Identified as Potentially Exculpatory or Otherwise Material to the Defence's Preparation for the Confirmation Hearing, Pre-Trial Chamber I [Decisión relativa a los documentos contemplados en el artículo 54(3)(e) identificados como potencialmente eximentes o de alguna otra manera pertinentes para la preparación de la defensa para la audiencia de confirmación de cargos, Sala de Cuestiones Preliminares I], voto de la magistrada única Sylvia Steiner, párr. 123 (20 de junio de 2008) [«reckless investigative techniques»].

³² Id. [«the important number of undisclosed documents»].

³³ Id., párr. 124 [«satisfied the bulk rule for the purpose of the confirmation hearing»].

por la Fiscalía³⁴. Esto incluye la entrega de resúmenes conteniendo la información eximente identificada en los documentos del art. 54(3)(e) y el «principio de información análoga»³⁵, conforme al cual la divulgación debe limitarse al material «que contiene información análoga a aquella identificada en el art. 54(3)(e)»³⁶. Estas dos «medidas alternativas» pueden satisfacer las obligaciones de divulgación de la Fiscalía en la etapa previa a la confirmación de cargos porque la audiencia destinada a tal fin tiene un estándar probatorio menos exigente³⁷.

Claramente, si bien puede haber cierto margen de flexibilidad antes de la audiencia de confirmación de cargos, lo cierto es que luego de ella cada una de las pruebas eximentes debe ser divulgada³⁸. La acusación debe entregar un «resumen de la presentación de la prueba» explicando su caso «con referencia a los testigos» y toda aquella otra prueba que pretenda utilizar en el juicio. También debe explicar cómo la prueba divulgada se vincula con los cargos³⁹. A la defensa debe permitírsele acceder a todo el material de la acusación relacionado con la situación en conflicto que pueda servirle para entender su trasfondo y los cargos, y, en consecuencia, le sea de ayuda para preparar su estrategia⁴⁰. En

³⁴ Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07-502, Prosecution's Fifth Report on the Status of the Procedures Initiated under Articles 54(3)(e), 73 and 93 in Relation to Those Items Identified as of a Potentially Exculpatory Nature under Article 67(2) of the Statute or as Material to the Defence under Rule 77 of the Rules [Quinto reporte de la Fiscalía relativo al estado de los procedimientos iniciados bajo los artículos 54(3)(e), 73 y 93, en relación a aquellas piezas identificadas como de naturaleza potencialmente eximentes bajo el artículo 67(2) del Estatuto o pertinentes para la defensa bajo la regla 77 de las Reglas PP], párrs. 3 y 5 (23 de mayo de 2008) (en adelante: «Quinto reporte de la Fiscalía») [«alternative measures in lieu of actual disclosure»].

³⁵ Prosecutor v. Katanga & Chui, supra nota 31, párr. 65 ss. (65 ss. y 77 ss.) [«principle of analogous information»].

³⁶ Id., párr. 77 ss. (85) [«containing information analogous to that identified in Art. 54 (3)(e)»].

³⁷ Id., párr. 1 ss., 66 ss. y 78 ss. [«alternative measures»].

³⁸ Ver también Brady, supra nota 20, p. 407; Swoboda, supra nota 20, p. 454.

³⁹ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-1019, Timing and Manner of Disclosure Decision [Decisión relativa al tiempo y el modo de la divulgación], párr. 26 (9 de noviembre de 2007); Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-1/06-T-52, Hearing Transcript [Transcripción de la audiencia], párr. 40 (1 de octubre de 2007); Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-1/06-1119, Decision on Victim's Participation [Decisión relativa a la participación de la víctima], párr. 110, 138(b) (18 de enero de 2008) [«summary of presentation of evidence», «by reference to the witnesses»].

⁴⁰ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-1/06-1433, Judgement on the appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the Oral Decision of Trial Chamber I of 18 January 2008 [Sentencia relativa a la apelación del Sr. Lubanga Dyilo contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I del 18 de enero de 2008], párr. 77 (11 de julio de 2008).

cuanto a las «medidas alternativas» sugeridas por la juez de cuestiones preliminares, la SPI I expresó «serias dudas en cuanto a si entregar otra prueba similar puede llegar a proveer un adecuado sustituto de la divulgación de una prueba eximente particular», puesto que «el derecho del acusado comprende a ambas⁴¹».

B. Restricciones a la divulgación: los convenios de confidencialidad (art. 54(3)(e))

Las obligaciones de divulgación pueden entrar en conflicto con la necesidad o posibilidad de recibir material probatorio bajo la condición de confidencialidad, tal como está previsto en el artículo 54(3)(e)⁴². Esta provisión, al autorizar al Fiscal a obtener este material «a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas» da cuenta del hecho de que los informantes con frecuencia sólo aceptan transmitir su conocimiento a una agencia policial siempre que no vaya a perjudicar su seguridad personal. De esta manera, la garantía de confidencialidad es una respuesta a las necesidades de protección del informante⁴³ y «pone en tela de juicio la justicia del derecho procesal penal»⁴⁴.

Conforme al artículo 54(3)(e), el artículo 18(3) del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, establece que:

Las Naciones Unidas y el Fiscal podrán convenir en que las Naciones Unidas proporcionen documentos o información al Fiscal a título confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas y que esos documentos o esa información no serán revelados a otros órganos de la Corte o a terceros en ninguna etapa del procedimiento, ni después de él, sin el consentimiento de las Naciones Unidas.

⁴¹ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 2, párr. 60 [«alternative measures», «grave reservations as to whether serving other, similar evidence can ever provide an adequate substitute for disclosing a particular piece of exculpatory evidence», «the right of the accused is to both items»], ver también párr. 81 y 86 con mayores referencias; conc. Prosecutor v. Katanga & Chui, supra nota 31, párr. 6.

⁴² Para otras restricciones por motivos de protección de los testigos y las víctimas, ver Swoboda, supra nota 20, pp. 463 ss.

⁴³ Cf. Brady, supra nota 20, p. 420 [«on the condition of confidentiality and solely for the purpose of generating new evidence»]; Swoboda, supra nota 20, p. 467.

⁴⁴ Kuschnik, supra nota 20, p. 158 [«goes to the heart of the fairness of criminal procedure law»].

La misma regla se aplica a la Misión para el Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas MONUC en la República Democrática del Congo a través del artículo 10(6) del Memorando de entendimiento con la CPI, que dice:

Salvo especificación escrita en contrario [...], los documentos en poder de la MONUC que las Naciones Unidas proporcionen al Fiscal se proporcionan de conformidad con los acuerdos previstos en el párrafo 3 del artículo 18 del Acuerdo de relación y con sujeción a dichos acuerdos.

En la investigación del caso Lubanga, la fiscalía admitió haber colectado más del 50% de su prueba en base a estas reglas de confidencialidad, incluyendo una considerable cantidad de prueba (potencialmente) eximente o atenuante⁴⁵. Los documentos confidenciales incluían, *inter alia*, información acerca de una supuesta condición mental del acusado que le impedía controlar y entender la ilegalidad de su conducta; que había actuado bajo coerción física o moral, o incluso en defensa propia; que había realizado esfuerzos para desmovilizar a los niños soldados y que carecía de suficiente autoridad sobre aquellos subordinados suyos que habían cometido los delitos que se le atribuían a él⁴⁶.

Tanto la Sala de Cuestiones Preliminares como la Sala de Primera Instancia le pidieron a la Fiscalía en reiteradas ocasiones que asegurara que la confidencialidad de los acuerdos fuese levantada a fin de cumplir con sus obligaciones de divulgación. Sin embargo, quienes proveyeron la información, entre ellos las Naciones Unidas, se negaron a renunciar a su pretensión de confidencialidad. Mientras tanto, la Fiscalía intentaba cumplir con sus obligaciones divulgando material alternativo⁴⁷, e.g., extractos de información potencialmente surgida de declaraciones de testigos, o resúmenes de prueba eximente⁴⁸. No obstante, si bien ello puede ser suficiente para cumplir con las

⁴⁵ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-T-79, Hearing Transcript [Transcripción de la audiencia], párrs. 5-6 (13 de marzo de 2008).

⁴⁶ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 15, párr. 22.

⁴⁷ Ya señalado supra nota 34 y su texto principal.

⁴⁸ Ver Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No ICC-01/04-01/06-1248, Prosecution Submission on Undisclosed Documents Containing Potentially Exculpatory Information [Exposición de la Fiscalía sobre documentos no divulgados que podrían contener información eximente], párrs. 17-18 (28 de marzo de 2008); Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-T-52-EN, Hearing Transcript [Transcripción de la audiencia], página 18, líneas 5-9 (1 de octubre de 2007); Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No ICC-01/04-01/06-T-89-ENG, Hearing Transcript [Transcripción de la audiencia], página 7, línea 22 hasta la página 8, línea 4 (10 de junio de 2008).

obligaciones de divulgación en la etapa previa a la confirmación de cargos⁴⁹, no lo es en la etapa anterior al juicio⁵⁰. Por lo tanto, la SPI I no tuvo otra opción más que sobreseer en la causa⁵¹. Para así decidir concluyó que la Fiscalía había abusado de las facultades otorgadas por el artículo 54(3)(e) al realizar «rutinariamente acuerdos de confidencialidad y con el propósito de reunir pruebas «guía» o «trampolín» por igual»⁵². En esa situación el principio de justicia hacia al acusado exige el sobreseimiento en la causa, independientemente de que la Fiscalía hubiese actuado o no *mala fides* cuando celebró los acuerdos de confidencialidad⁵³. De hecho, parece que la Fiscalía había dado prematuras promesas de confidencialidad a sus informantes para reunir cualquier tipo de información posible, en vez de investigar, en primer lugar, los supuestos delitos⁵⁴. La excesiva invocación del artículo 54(3)(e) quedó puesta de manifiesto a través de las declaraciones de un fiscal durante una de las reuniones con las partes previas al juicio:

Por supuesto, nunca hubo ninguna intención por parte del Fiscal ... de que estos materiales fuesen recibidos sólo con fines de ser utilizados como guía. El punto era obtener estos materiales tan rápido como fuese posible en aras de la investigación en curso, y luego permitirle a la Fiscalía que identifique aquellos que pretendía usar como prueba y así solicitar autorización⁵⁵.

Posteriormente la Fiscalía señaló que este comentario fue producto de un malentendido, pero el daño ya estaba hecho. En contra de esta situación es justo decir que desde el principio de la investigación en el caso Lubanga la Fiscalía hizo un uso demasiado generoso del artículo 54(3)(e), prometiendo confidencialidad a quienes proveían información sin tener en cuenta suficientemente sus obligaciones de divulgación y los respectivos derechos del acusado⁵⁶.

⁴⁹ Ver supra notas 34 ss. y su texto principal.

⁵⁰ Ver supra nota 41 y su texto principal.

⁵¹ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 2.

⁵² Prosecutor v. Lubanga, supra nota 2, párr. 72 [«into confidentiality agreements routinely and for the purpose of gathering springboard and lead evidence alike»].

⁵³ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 2, párr. 90.

⁵⁴ Ver también Swoboda, supra nota 20, p. 470.

⁵⁵ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-T-86-ENG, Transcript of the Hearing on May 2008, Trial Chamber I [Transcripción de la audiencia de mayo de 2008, Sala de Primera Instancia I], p. 23, línea 8 ss. (6 de mayo de 2008) [«Of course, there was never any intention on the side of the Prosecutor ... that these materials were received only for lead purposes. The point was to obtain these materials as quickly as possible for the sake of the ongoing investigation and then to allow the Office of the Prosecutor to identify the materials it wishes to use as evidence and then seek permission»].

⁵⁶ Ver también, Heikelina Verriijn Stuart, *The ICC in Trouble*, 6 JICJ 409, 412 (2008).

C. La dificultosa interpretación del artículo 54(3)(e)

El artículo 54(3)(e) se refiere a «los documentos o la información (...) a los efectos de obtener nuevas pruebas», esto es, aparentemente la llamada prueba «trampolín» o «guía» no puede ser usada como prueba (directa) en la audiencia de confirmación de cargos o en el juicio. La regla 82(2) de las RPP, por el contrario, permite al Fiscal hacer valer como pruebas cualquier tipo de «documento o informaciones [colectados con arreglo al artículo 54(3)(e)]»,⁵⁷ i.e., aparentemente esto autoriza el uso de «información» en el sentido del artículo 54(3)(e) como prueba directa. De hecho esta es la posición de la Fiscalía, que sostiene que el artículo 54(3)(e) es aplicable a todo tipo de material, independientemente de su naturaleza, en la medida en que sea usado «a los efectos de obtener nuevas pruebas»⁵⁸. De la regla 82(1) se desprende, de acuerdo a la Fiscalía, que no hay distinción entre el «material guía» y otro tipo de material con valor probatorio⁵⁹. En consecuencia, la Fiscalía entiende que la creación por parte de la SPI de dos categorías de materiales (probatorios) independientes y mutuamente excluyentes —por un lado, material «guía» o «trampolín», y, por otro lado, material incriminatorio (directo) o eximente⁶⁰— es errónea⁶¹. Según su opinión, el artículo 54(3)(e) no puede ser leído como que regula o limita todos los usos potenciales que se le pueden dar al material probatorio, sino que sólo regula el uso que se le puede dar a ese material sin el consentimiento de quien lo aportó⁶².

En su decisión del 21 de octubre de 2008, la SA rechazó la presentación de la Fiscalía y coincidió con la SPI⁶³. En primer término, la SA no estaba convencida de que la SPI hubiese creado una categoría de «materiales guía» o «trampolín» por oposición a la prueba real (directa), puesto que la SPI se había referido expresamente a la

⁵⁷ La versión inglesa de las reglas habla de «material or information» o sea se distingue del art. 54 (3)(e).

⁵⁸ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01-04-01-06-1446-Anx1, Prosecution's Document in Support of Appeal against Decision to Stay Proceedings [Documento justificativo de la apelación de la Fiscalía contra la Decisión de sobreseer en la causa], párr. 6 (24 de julio de 2008) (en adelante: «Documento justificativo de la apelación de la Fiscalía, julio 2008») [«for the purpose of generating new evidence»].

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-T-52, Hearing Transcript [Transcripción de la audiencia], página 86, líneas 11-13 (1 de octubre de 2007).

⁶¹ Documento justificativo de la apelación de la Fiscalía, julio de 2008, supra nota 57, párr. 7.

⁶² Prosecutor v. Lubanga, supra nota 6, párr. 12.

⁶³ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 15, párr. 37.

regla 82(1) de las RPP⁶⁴. Mas importante aún, la SA confirmó la interpretación restrictiva del artículo 54(3)(e) que había realizado la SPI: «[E]l objeto para el cual podrían reunirse materiales a condición de respetar su carácter confidencial está limitado a la obtención de nuevas pruebas y (...) la disposición debe aplicarse a la luz de las demás obligaciones del Fiscal»⁶⁵. En otras palabras, la garantía de confidencialidad con arreglo al artículo 54(3)(e) no debe ser usada para generar prueba directa. El juez Pikis coincidió con la interpretación de la SPI en cuanto a que «los documentos y la información recibidos deben reunirse únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas»⁶⁶. Sin embargo, según su entender, ésta debe ser la única limitación, lo cual significa que «si un documento suministrado al Fiscal constituye una prueba en sí mismo, el deber del Fiscal es reunir pruebas que correspondan a su contenido»⁶⁷. Por ende, el Fiscal puede «reunir pruebas de personas mencionadas o identificadas en materiales orales o documentales, o de los proveedores o autores de esos documentos»⁶⁸.

Las posiciones recién mencionadas no son los mejores ejemplos de claridad. La interpretación correcta está basada en una lectura conjunta del artículo 54 (3)(e) y la regla 82(1). De acuerdo al artículo 54(3)(e), el Fiscal puede recibir «los documentos o la información»; la regla 82(1), por el contrario, habla de «documentos o informaciones». Por lo tanto, ninguna de las provisiones contiene, en principio, alguna limitación en cuanto al «material» que puede ser recibido por el Fiscal. Si uno continúa leyendo el texto (remanente) del artículo 54(3)(e), sin embargo, fácilmente va a caer en la confusión puesto que parece mezclar la «confidencialidad» con el «propósito» para el cual el material puede ser recibido. No obstante, en realidad, la confidencialidad y el uso que puede hacerse de la información «confidencial» son dos aspectos completamente diferentes en el artículo 54(3)(e). Por un lado, el proveedor de la información puede dar el material sólo «a condición de preservar su carácter

⁶⁴ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 15, párr. 54.

⁶⁵ Id., párr. 55 [«[T]he purpose for which material could be collected on the condition of confidentiality was limited to the generation of new evidence and (...) the provision must be applied in light of the other obligations of the Prosecutor»].

⁶⁶ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 15, voto individual del juez Georghios M. Pikis, párr. 39 [«documents and the information received should be collected solely for the purpose of generating new evidence»].

⁶⁷ Id. [«if a document provided to the Prosecutor constitutes evidence in itself, the duty of the Prosecutor is to gather evidence corresponding to its content»].

⁶⁸ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 15, voto individual del juez Georghios M. Pikis, párr. 39 [«gather evidence from persons mentioned or identified in oral or documentary material, or the suppliers or authors of such documents»].

confidencial» y, consecuentemente, el uso de este material, incluyendo su divulgación, depende del consentimiento de este informante. Esta lectura resulta confirmada por la regla 82(1), puesto que exige el consentimiento del informante para el material «protegido» bajo el artículo 54(3)(e). Por otro lado, y sin perjuicio de la regla 81(1) —que guarda silencio sobre este punto—, el artículo 54(3)(e) establece que el material podrá ser usado «únicamente a los efectos de...». No requiere que el informante otorgue su consentimiento para algún uso específico que pueda dársele al material. Por ende, parece que el artículo 54(3)(e) supone que el uso específico que se haga del material no es una cuestión que concierna al informante. Por supuesto, éste tiene un interés en ser informado para el caso en que el material sea utilizado, pero este interés se limita a mantener la garantía de confidencialidad. En la medida en que el Fiscal cumpla esta garantía mediante la forma en que hace uso del material, no es necesario que obtenga también el consentimiento del informante sobre el modo específico de su uso. Por lo tanto, la fórmula «únicamente a los efectos de» del artículo 54(3)(e) está dirigida exclusivamente al Fiscal. Él podrá usar el material obtenido solamente «a los efectos de obtener nuevas pruebas»; la información conseguida sólo podrá servir como prueba guía o trampolín. A su turno, la nueva prueba obtenida de esta información no está sujeta al consentimiento del informante, puesto que esta «nueva prueba» es diferente de «los documentos o de la información» original provista por aquél. Aunque claramente la nueva prueba fue «obtenida» gracias a la información original, y como tal es su producto, es diferente de aquella, de manera que no está más regida por el artículo 54(3)(e). Con respecto al alcance de la obligación de divulgación de conformidad con el artículo 67(2), los representantes de las víctimas sostuvieron que el material cubierto por el artículo 54(3)(e) no necesita ser divulgado en su totalidad, incluso si contiene información eximente, puesto que no constituye «prueba» en el sentido del artículo 67(2). Sólo podrá convertirse en prueba en la medida en que, y tan pronto como, el informante consienta su divulgación⁶⁹. Pero, antes de que este consentimiento sea otorgado, el Fiscal no está legalmente obligado a obtener el consentimiento del informante para la divulgación⁷⁰.

⁶⁹ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No ICC-01/04-01/06-1456-tENG, Victims' Observations on the Prosecutor's Appeal of the Decision of 13 June 2008 Ordering a Stay of the Proceedings [Observaciones de las víctimas sobre la apelación del Fiscal de la Decisión del 13 de junio de 2008 que ordenó el sobreseimiento en la causa], párr 8 (12 de agosto de 2008).

⁷⁰ Id., párr. 14.

La SA adoptó otra postura⁷¹. Si bien coincidió, en esencia, que el artículo 67(2) del Estatuto se refiere a la «prueba», y que el material obtenido de acuerdo al artículo 54(3)(e) sólo se transforma en «prueba» una vez que el informante consiente su divulgación, correctamente señaló que esta interpretación permitiría que el Fiscal pudiese retener un volumen grande de información reunida por él sobre la base de los acuerdos de confidencialidad, sin control alguno por parte de la Sala. Tal creación de dossiers conteniendo información secreta respecto de la situación y conducta del acusado debe ser considerada como incompatible con las exigencias del juicio justo del Estatuto CPI. El juez Pikis adecuadamente agregó que el deber de divulgación de la Fiscalía no puede ser «mitigado en tales circunstancias»⁷². La información que es crucial para el caso debe ser siempre accesible para la Sala y la defensa.

D. Primera conclusión intermedia

La tensión entre la confidencialidad y la divulgación es obvia y exige un uso restrictivo del artículo 54(3)(e). La lección aprendida del caso Lubanga consiste en que recurrir al artículo 54(3)(e) con el propósito de coleccionar prueba directa conduce a conflictos aún no resueltos con las obligaciones de divulgación bajo el artículo 67(2) puesto que cada prueba relevante para la defensa debe, a la larga, i.e., al menos en la etapa previa al juicio, ser divulgada y no puede ser reemplazada por «material alternativo» o «medidas alternativas»⁷³. En el mejor de los casos esa divulgación preliminar o provisional podrá ser suficiente en la etapa previa a la confirmación de cargos⁷⁴. Por lo tanto, conforme a la interpretación del artículo 54(3)(e) ofrecida anteriormente, el fiscal debería realizar acuerdos de confidencialidad solo bajo tres condiciones: primero, no tiene que haber otro medio «normal» para obtener la información respectiva; segundo, la información tiene que ser absolutamente necesaria para continuar con la investigación; y, tercero, la información solo será requerida para generar nueva prueba.

⁷¹ Prosecutor v. Lubanga, supra nota 15, párr. 43.

⁷² Prosecutor v. Lubanga, supra nota 15, voto individual del juez Georghios M. Pikis, párr. 40 [«mitigated in such circumstances»].

⁷³ Ver supra nota 38 ss., 47 y su texto principal [«alternative material», «alternative measures»].

⁷⁴ Ver supra nota 34 y su texto principal.

III. Divulgación En El Derecho Nacional

A. Divulgación en Inglaterra y Gales

En Inglaterra y Gales las obligaciones de divulgación de la fiscalía se originan en el *common law*⁷⁵. Luego fueron reguladas por ley, como por ejemplo la Ley de Investigaciones y Procedimiento Criminal de 1996 («CPIA»), que fue completada por un Código de Práctica que está en vigor desde el 1 de abril de 1997⁷⁶. Esta ley fue modificada por la Ley de Justicia Criminal de 2003 («CJA»), que a su vez resulta complementada por las Reglas de Procedimiento Criminal de 2005⁷⁷ y las Directivas del Fiscal General sobre Divulgación de Información en Procesos Criminales de 2000⁷⁸.

1. Divulgación primaria y secundaria de la fiscalía

Tradicionalmente, en el derecho inglés el deber de divulgación anterior al juicio se ha aplicado con mayor énfasis a la fiscalía que a la defensa⁷⁹. Esta situación cambió ligeramente con la introducción de la CPIA, conforme a la cual existen dos modos de divulgación⁸⁰. Bajo la llamada divulgación primaria (de la fiscalía), el fiscal tiene que divulgar al acusado aquél material previamente reservado si «razonablemente puede ser considerado capaz de socavar la posición de la fiscalía en contra del acusado, o de asistir a la posición de la defensa» (CPIA, s 3(1) texto según la CJA 2003, ss. 32)⁸¹. El material puede ser divulgado mediante dos formas: dándoselo directamente a la defensa, o permitiéndole que lo inspeccione en un lugar determinado y por un tiempo razonable⁸². Además, la fiscalía debe proveerle a la defensa un registro con todo el material no utilizado que está en su poder⁸³. Si no

⁷⁵ John Sprack, *Criminal Procedure*, 140 (Oxford University Press 2008).

⁷⁶ UK ST 1996 c 25. Ver también Sprack, *supra* nota 74, p. 140; Colin Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, 301 (Oxford University Press 2007).

⁷⁷ 2005 No. 384 (L.4), disponible en <http://www.opsi.gov.uk/si/si2005/20050384.htm>.

⁷⁸ Ver <http://www.lso.gov.uk/pdf/guidelines.pdf>.

⁷⁹ Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence* 55 (Oxford University Press 2004).

⁸⁰ Ian H. Dennis, *The Law of Evidence* 343 (Sweet & Maxwell 2007); Mike Redmayne, *Criminal Justice Act 2003: (1) Disclosure and its Discontents*, *Crim.L.R.* 441, 442 (2004).

⁸¹ Roger Leng y R. Taylor, *Blackstone's Guide to the Criminal Procedure and Investigations Act 1996* 13 (Blackstone Press 1996).

⁸² Sprack, *supra* nota 74, p. 142.

⁸³ Redmayne, *supra* nota 79, pp. 441 y 442.

existiese tal material entonces deberá darle una declaración escrita en la que conste ello⁸⁴. En el caso *Keane* se sostuvo que el material debía ser divulgado si podía:

de acuerdo a una valoración razonable efectuada por el fiscal: (a) ser relevante o posiblemente relevante con respecto a una cuestión del caso, (b) plantear o tener la aptitud para plantear una nueva cuestión cuya existencia no surge de manera manifiesta de la prueba que la fiscalía se propone utilizar; (c) dar sustento a una real (y no imaginaria) posibilidad de proporcionar una guía sobre la prueba que conduzca a (a) o (b)⁸⁵.

Puesto que la importancia del test establecido en el caso *Keane* se basa en una «valoración [...] efectuada por el fiscal», se trata de un test subjetivo⁸⁶. El término «socavar», tal como es empleado en la CJA, debería darle a este test un contenido más objetivo⁸⁷. De hecho, el gobierno intentó limitar los supuestos a los que les sería aplicables esta disposición⁸⁸. Sin embargo, la doctrina entiende que «socavar» debe ser interpretado en forma más amplia, básicamente por dos razones. Por un lado, porque «socavar» puede ser entendido como «con posibilidades de que disminuya o fracase» y, por este motivo, tanto el establecimiento de una hipótesis alternativa, o una estrategia de defensa, como podría ser la legítima defensa o la coerción física, debería consecuentemente «socavar» la posición de la fiscalía⁸⁹. Por el otro lado, porque el propio gobierno sostiene que el material probatorio que debilita una prueba específica de la fiscalía tiene un efecto «socavador»⁹⁰, i.e., en esa situación la fiscalía le estaría negando a la defensa la prueba que le es favorable⁹¹. En el año 2000, el Fiscal General emitió unas directivas sobre divulgación en las que enumeraba

⁸⁴ Sprack, supra nota 74, p. 142.

⁸⁵ [1994] 1 WLR 746 [«be seen on a sensible appraisal by the prosecution: (a) to be relevant or possibly relevant to an issue in the case; (b) to raise or possibly raise a new issue whose existence is not apparent from the evidence the prosecution purposes to use; (c) to hold out a real (as opposed to a fanciful) prospect of providing a lead on evidence which goes to (a) or (b)»].

⁸⁶ Leng/Taylor, supra nota 80, p. 13 [«appraisal by the prosecution»].

⁸⁷ Tapper, supra nota 75, p. 303 [«undermining»].

⁸⁸ Sprack, supra nota 74, p. 142; Tapper, supra nota 75, p. 303; 567 HL Official Reports cols 1437-8.

⁸⁹ Leng/Taylor, supra nota 80, p. 14 [«undermining», «likely to fall or fail»].

⁹⁰ Hansard, Lords, 18 de diciembre de 1995, col 1437; The Crown Prosecution Service, Disclosure of Previous Convictions of Prosecution Witnesses, disponible en <http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/disclosure_of_previous-convictions_of_prosecution_witnesses/>.

⁹¹ Leng/Taylor, supra nota 80, p. 14.

cierta clase de material que usualmente debe ser divulgado, y por lo tanto daba apoyo a esta interpretación amplia⁹².

Bajo la llamada *divulgación secundaria de la fiscalía*, el fiscal tiene que divulgar aquel material «del cual razonablemente se pueda esperar que asista a la defensa del acusado tal como fue puesto de manifiesto por la defensa en su exposición» (s. 7(2)(a))⁹³. Esta exposición de la defensa (que es obligatoria excepto en aquellos casos que van a ser tramitados ante la corte de los magistrados⁹⁴) consiste en:

una declaración escrita en la que (a) se describe la naturaleza de la defensa del acusado, incluyendo cualquier estrategia de defensa particular en la cual intenta basarse, (b) se indican las cuestiones fácticas sobre las cuales controvierte a la fiscalía, (c) se describe, en cada una de estas cuestiones, por qué controvierte a la fiscalía, y (d) se indica toda cuestión de derecho (incluyendo asuntos como la admisibilidad de la prueba o el abuso del proceso) que desee invocar, así como toda cita de autoridad en la cual intenta basarse para ese propósito⁹⁵.

El traslado que la defensa realiza de esta exposición al fiscal recibe el nombre de *divulgación de la defensa*, y se lleva a cabo luego de la divulgación primaria de la fiscalía⁹⁶. En tanto que la divulgación primaria, tal como fue explicado anteriormente, está basada en un test subjetivo, y como tal designado para evitar o limitar la revisión judicial, el test de la expectativa razonable para la divulgación secundaria de acuerdo al artículo 7(2) es objetivo, y está sujeto a la revisión judicial⁹⁷.

2. Restricciones: la inmunidad por motivos de interés público

Aquella restricción a la divulgación en el procedimiento penal inglés que más se asemeja al acuerdo de confidencialidad del artículo

⁹² Supra nota 69.

⁹³ Redmayne, supra nota 79, p. 441 y 442 [«which might be reasonably expected to assist the accused's defense as disclosed by the defense statement»].

⁹⁴ Id.

⁹⁵ Section 6A CPIA (incorporado por CJA 2003) [«a written statement (a) setting out the nature of the accused's defense, including any particular defenses on which he intends to rely, (b) indicating the matters of fact on which he takes issue with the prosecution, (c) setting out, in the case of each such matter, why he takes issue with the prosecution, and (d) indicating any point of law (including any point as to the admissibility of evidence or an abuse of process) which he wishes to take, and any authority on which he intends to rely for that purpose»].

⁹⁶ Sprack, supra nota 74, p. 143.

⁹⁷ Leng/Taylor, supra nota 80, p. 13; Hansard, Lords, 18 de diciembre de 1995, cols 1441-2.

54(3)(e) es la inmunidad por motivos de interés público⁹⁸. Si la fiscalía considera que la divulgación de determinado *material* (información) sería contraria al interés público, va a solicitar una audiencia *ex parte* y el deber de divulgación quedará en un segundo plano⁹⁹. La inmunidad por motivos de interés público es una posibilidad que se encuentra presente a lo largo de varias provisiones de la CPIA: el artículo 3(6) sujeta la divulgación de la fiscalía a la inmunidad por motivos de interés público; el artículo 8(5) impide a los tribunales ordenar la divulgación cuando fuera contraria al interés público; y el artículo 7A(8) establece una limitación similar sobre el deber de revisión continuo que tiene la fiscalía¹⁰⁰. La posibilidad de recurrir a la inmunidad por motivos de interés público es decidida caso por caso, y no mediante la aplicación de reglas generales¹⁰¹.

Mientras que el CPIA no define los motivos por los cuales se puede invocar la inmunidad por interés público¹⁰², el Código de Práctica suplementario da ejemplos de aquello que constituye material *sensible* que «podría implicar un verdadero riesgo de serio perjuicio a un interés público importante, así como de las razones que conducen a esa opinión»¹⁰³. Este material sensible también incluye, al igual que el artículo 54 (3)(e), aquél que fue dado en *confidencialidad* y relacionado con la identidad o las actividades de los informantes, o de los agentes de policía encubiertos¹⁰⁴. Por lo tanto, aparentemente, todo lo que un oficial de policía tiene que hacer a fin de evitar la divulgación es asegurarle al informante que el material será tratado confidencialmente, aún cuando este informante no haya exigido esta garantía¹⁰⁵. De hecho, la confidencialidad es hoy en día una de las razones más importantes para solicitar la inmunidad por motivos de interés público¹⁰⁶. En este sentido, la confidencialidad no es un privilegio autónomo sino una consideración de importancia dentro de la inmunidad por interés público¹⁰⁷.

⁹⁸ CPIA 1996, ss. 23(1); Código de Práctica, 6.12; ver también Sprack, *supra* nota 74, p. 148.

⁹⁹ David Ormerod, *Improving the disclosure regime*, 7 E&P 102, 117 (2003).

¹⁰⁰ S. 3(6); 8(5); 7A(8) CPIA: Bajo esta sección no se deberá divulgar aquél material que según el tribunal, a solicitud del fiscal, concluya que su divulgación no tiene un interés público y así lo dispone. Ver también Sprack, *supra* nota 74, p. 148; P. Hungerford-Welch, *Criminal Procedure and Sentencing* 423 (Routledge-Cavendish 2009).

¹⁰¹ Tapper, *supra* nota 75, p. 303.

¹⁰² Dennis, *supra* nota 79, p. 382.

¹⁰³ *Supra* nota 75, párr. 6.12 [«would give a real risk of serious prejudice to an important public interest, and the reason for that belief»].

¹⁰⁴ Sprack, *supra* nota 74, p. 149.

¹⁰⁵ Crítico, Sprack, *supra* nota 74, p. 142.

¹⁰⁶ Dennis, *supra* nota 79, p. 373.

¹⁰⁷ *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 405 p. 406.

En cualquier caso, la no divulgación en estas situaciones supuestamente sirve para prevenir represalias en contra de los informantes. Sin embargo, de acuerdo a la Corte de Apelaciones en el caso *Marks v. Beyfus*, debería hacerse saber el nombre del informante (como la única o parcial información que, en principio, es objeto de la divulgación) si es necesario para demostrar la inocencia del acusado¹⁰⁸. La Corte también señaló que una buena parte del trabajo de prevención y detección del delito se ve facilitada por el uso de informantes, y que esta tarea se vería adversamente afectada si fuese probable revelar la identidad de los informantes, puesto que entonces las fuentes de información rápidamente desaparecerían¹⁰⁹. El caso *Wards* dio un giro en la misma dirección: la decisión final acerca de si debe concederse inmunidad respecto a la divulgación corresponde a la Corte, no a la fiscalía¹¹⁰.

Conforme a *Davis, Johnson y Rowe*¹¹¹, hay tres procedimientos distintos concernientes a las peticiones de inmunidad por motivos de interés público. Mientras que en el primer procedimiento se va a informar a la defensa de la solicitud y del tipo de material involucrado, en el segundo no se admite la participación de la defensa por entender que conduciría a una divulgación «indirecta» al informarle al acusado que uno de sus cómplices es un agente encubierto¹¹². En este segundo procedimiento, la audiencia en la que se pide inmunidad por motivos de interés público va a ser realizada *ex parte*, y sólo la fiscalía presentará sus argumentos ante el juez¹¹³. El tercer procedimiento se refiere a la situación en la que la defensa ni siquiera es advertida de que se ha presentado una solicitud de inmunidad por motivos de interés público¹¹⁴. Estos casos son muy poco comunes¹¹⁵. Aunque la Corte Europea de Derechos Humanos todavía tiene que pronunciarse acerca de la compatibilidad de este procedimiento con las garantías del juicio justo de la Convención, el problema claramente consiste en que la defensa no va a poder apelar si ni siquiera conoce que se ha realizado una petición basada en el interés público¹¹⁶.

¹⁰⁸ *Marks v. Beyfus*, 25 Q.B.D. 494, p. 498 (1890); ver también Sprack, *supra* nota 74, p. 148.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ [1993] 1 WLR 619. Ver también Sprack, *supra* nota 74, p. 148.

¹¹¹ [1993] 2 All E.R. 643.

¹¹² Redmayne, *supra* nota 79, pp. 441 y 455.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Joyce Plotnikoff y Richard Woolfson, 'A fair balance'? Evaluation of the operation of disclosure law, RDS Occasional Paper No. 76, London: Home Office, p. 88 (2001).

¹¹⁶ Redmayne, *supra* nota 79, pp. 441 y 455.

B. El régimen de la divulgación (descubrimiento) en EE.UU.

1. Consideraciones generales

Para comenzar es necesario realizar dos comentarios. Primero, como consecuencia de su sistema jurídico federal, EE.UU. tiene delitos federales que son juzgados ante tribunales federales y delitos estatales que son juzgados ante tribunales estatales¹¹⁷. Las siguientes observaciones se refieren principalmente al nivel federal. Segundo, en lugar de divulgación (*disclosure*), el término descubrimiento (*discovery*) es más común en el derecho estadounidense. Allí, es entendido como «el proceso por el cual cada parte de un caso toma conocimiento de la prueba que la contraria va a presentar»¹¹⁸. Por lo tanto, el descubrimiento de la defensa corresponde a la divulgación por parte de la fiscalía, y el descubrimiento de la fiscalía a la divulgación por parte de la defensa.

Si bien el régimen de la divulgación tiene un fundamento constitucional en la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda Decimocuarta¹¹⁹, antes de la mitad del siglo XX¹²⁰ había sólo unas pocas provisiones permitiendo el descubrimiento en casos penales. En 1949 el régimen de la divulgación fue codificado en la regla 16 de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal («FRCP»)¹²¹. Con esta disposición y la proliferación de reglas similares en el nivel estatal, el alcance del descubrimiento se empezó a expandir¹²². La regla 16(a), FRCP, permite al acusado descubrir de la fiscalía cualquier expresión propia que esté en poder de aquella, sea oral, escrita o grabada; sus antecedentes penales; así como los documentos, objetos u otras formas de prueba concreta que sean consideradas de importancia para la posición de la fiscalía. Algunas reglas estatales incluso son más amplias en su alcance¹²³. Más de la mitad de los estados exigen,

¹¹⁷ James F. Anderson y Bankole Thompson, *American Criminal Procedures* 5 (Carolina Academic Press 2006).

¹¹⁸ John L. Worall, *Criminal Procedure* 295 (Pearson 2007) [«the process by which each party to a case learns of the evidence that the opposition will present»].

¹¹⁹ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 83 ss. Ct. 1194 (1963). Ver también Whitebread/Slobogin, *supra* nota 119, p. 685.

¹²⁰ Charles H. Whitebread y Christopher Slobogin, *Criminal Procedure* 671 (Thomson West 2008).

¹²¹ Se puede obtener en <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/Rule15.htm> (última visita del 22 de febrero de 2009).

¹²² Whitebread/Slobogin, *supra* nota 119, p. 671.

¹²³ *Id.*

además de los elementos señalados por la regla 16(a), que la fiscalía provea el domicilio de todas las personas que sepa que tienen información importante vinculada al delito imputado, así como también cualquier manifestación que estas personas pudieren haber realizado sobre el delito¹²⁴. En todo caso, al igual que en el derecho inglés, las obligaciones de divulgación de la fiscalía (derecho de descubrimiento de la defensa) son mayores que aquellas de la defensa (derecho de descubrimiento de la fiscalía)¹²⁵. En otras palabras, el descubrimiento no es recíproco: en algunas situaciones se exige que la fiscalía provea de información a la defensa pero no *viceversa*¹²⁶. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra y Gales, el descubrimiento penal en EE.UU. no es obligatorio sino que debe ser solicitado por la defensa¹²⁷.

Además de lo establecido por la regla 16(a) RFPC, un imputado en causa penal puede obtener un descubrimiento formal a través de la llamada «regla Brady»¹²⁸. Esta regla está basada en el caso *Brady v. Maryland* en el cual el régimen del descubrimiento recibió la bendición constitucional por parte de la Corte Suprema¹²⁹. Allí, el juez Douglas dijo:

[L]a supresión por parte de la fiscalía de prueba favorable a un acusado que fue requerida, es violatoria del debido proceso cuando la prueba es *pertinente* tanto para la culpabilidad como para el castigo, independientemente de la buena o mala fe de la fiscalía¹³⁰.

Si bien el caso *Brady* estableció que la fiscalía tenía una obligación constitucional de proceder con el descubrimiento antes del juicio¹³¹, dejó abierta la cuestión de cuándo la prueba es suficientemente «pertinente» para dar lugar a ese deber de divulgación. Tampoco aclaró si una solicitud de la defensa es necesaria en todos los casos¹³². En el

¹²⁴ Moore's Federal Practice 216 (1982).

¹²⁵ Encyclopedia of Crime and Justice 533 (2.^a ed. 2002).

¹²⁶ Id., p. 534; Whitebread/Slobogin, *supra* nota 119, p. 679.

¹²⁷ Rule 16 Fed.R.Crim.P.

¹²⁸ Tobin Romero, *Liberal Discovery on Selective Prosecution Claims*, 84 Geo.L.J. 2043, 2066 (1995-1996) [«Brady Rule»].

¹²⁹ *Supra* nota 110.

¹³⁰ *Brady v. Maryland*, *supra* nota 118, p. 1197 (el resaltado me pertenece) [«[T]he suppression by the prosecution of evidence favorable to an accused upon request violates due process where the evidence is *material* either to guilt or to punishment, irrespective of the good faith or bad faith of the prosecution»].

¹³¹ Cf. Wayne R. LaFare/Jerold H. Israel y Nancy J. King, *Criminal Procedure* 884 (West Group 1999).

¹³² Whitebread/Slobogin, *supra* nota 119, p. 686 [«material»].

precedente *U.S. v. Agurs*¹³³, el juez Stevens distinguió tres tipos de obligaciones de divulgación vinculadas al debido proceso. Primero, si el fiscal se basa en declaraciones falsas, debe informar si «hay alguna probabilidad razonable de que el falso testimonio pueda haber afectado la decisión del jurado». Segundo, cuando la defensa hace un pedido específico de supuesta información eximente, la respuesta normal debería ser la divulgación, puesto que un pedido específico pone a la fiscalía en conocimiento de que la prueba podría tener ese carácter¹³⁴. En este caso, de acuerdo al juez Stevens, «es razonable exigir que el fiscal responda proveyendo la información o presentando el problema al juez del debate»¹³⁵. Por lo tanto, «la omisión de brindar alguna respuesta es pocas veces, si es que alguna, excusable»¹³⁶. Tercero, cuando la defensa no hace ninguna solicitud (como en el caso *Agurs*), o hace una solicitud general por «todo el material conforme a la regla *Brady*», o por «cualquier cosa eximente», la sentencia sólo será revocada por no haber provisto la información si ésta crea una duda razonable en la mente de los jueces del debate acerca de la culpabilidad del acusado¹³⁷.

El enfoque tripartito del caso *Agurs* fue abandonado¹³⁸ en el precedente *U.S. v. Bagley*¹³⁹ en el cual la Corte Suprema sostuvo que la actuación del fiscal está regida por un test de «probabilidad razonable» en todas las situaciones. Conforme a ello, debe haber una «probabilidad razonable» de que la prueba eximente haya influido en el resultado del caso¹⁴⁰. En el precedente *Kyles v. Whitley*¹⁴¹ el juez Souter interpretó la doctrina de *Bagley* en forma amplia, y sostuvo que había cuatro aspectos del estándar de probabilidad razonable que «ameritan ser enfatizados». Primero, la «probabilidad razonable» no exige una preponderancia de prueba (eximente) sino, por el contrario, tal como su lenguaje lo sugiere, algo menos. Segundo, tampoco exige que el acusado demuestre que la prueba restante torna insuficiente el caso de la fiscalía¹⁴².

¹³³ *U.S. v. Agurs*, 427 U.S. 97, 96 ss. Ct. 2392 (1976) [«there is any reasonable likelihood that the false testimony could have affected the judgment of the jury»].

¹³⁴ Whitebread/Slobogin, supra nota 119, p. 687.

¹³⁵ *U.S. v. Agurs*, supra nota 132, p. 2399 [«it is reasonable to require the prosecutor to respond either by furnishing the information or by submitting the problem to the trial judge»].

¹³⁶ *Id.* [«the failure to make any response is seldom, if ever, excusable»].

¹³⁷ *Id.*, p. 2394 [«all *Brady* material», «anything exculpatory»].

¹³⁸ Cf. Whitebread/Slobogin, supra nota 119, p. 688.

¹³⁹ *U.S. v. Bagley*, 473 U.S. 667, 105 ss. Ct. 3375 (1985) [«reasonable probability»].

¹⁴⁰ *Id.* [«reasonable probability»].

¹⁴¹ *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 115 ss. Ct. 1555 (1995) [«bear emphasis»].

¹⁴² *Id.*, p. 1566; ver también Whitebread/Slobogin, supra nota 119, p. 689 [«reasonable probability»].

Tercero, una vez que el acusado ha demostrado una probabilidad razonable de un resultado diferente, el tribunal de apelaciones no puede afirmar que la omisión de la divulgación no causó perjuicio, puesto que el test de la probabilidad razonable «necesariamente implica la conclusión de que la supresión [de la prueba] debe haber tenido “un efecto o influencia sustancial y perjudicial en la determinación del veredicto del jurado”»¹⁴³. Finalmente, si bien a la fiscalía no se le exige necesariamente que divulgue cada prueba que pueda ser «útil» a la defensa, se le «debe asignar la consecuente responsabilidad de evaluar el probable efecto final de toda esa prueba, y debe proceder a su divulgación cuando se haya alcanzado el punto de “probabilidad razonable”»¹⁴⁴.

2. Restricciones

Al igual que en el derecho inglés, bajo el derecho norteamericano puede haber intereses superiores que tengan prevalencia sobre las obligaciones de divulgación de la fiscalía¹⁴⁵. Si bien en principio el Estado debe permitirle al imputado inspeccionar, copiar o fotografiar cualquier elemento que esté bajo su control y que sea importante para la defensa de aquél (cf. regla 16(a)(1)(E)(i), RFPC), de acuerdo al precedente *U.S. v. Armstrong* la letra de la norma se refiere sólo a aquella información que es relevante para los esfuerzos de la defensa en desarticular el caso principal de la fiscalía¹⁴⁶. En *Armstrong* la Corte Suprema estableció una distinción doble: si la petición de descubrimiento «actúa como una espada», esto es que cuestiona la conducta de la fiscalía en el caso, entonces no podrá dar lugar al descubrimiento de la regla 16, y por lo tanto la prueba no debe ser divulgada. Esto se refiere, *inter alia*, a los casos de denuncias por persecución penal vengativa, planteos relacionados con el gran jurado y el proceso de selección del jurado, así como reclamos por la duración del proceso. Por el contrario, si la petición «actúa como un escudo» diseñado para «refutar los argumentos del Estado de que el imputado cometió el delito por el que se lo acusa», entonces sí da lu-

¹⁴³ *Kyles v. Whitley*, supra nota 140, p. 1566 (1995) [«necessarily entails the conclusion that the suppression [of the evidence] must have had ‘substantial and injurious effect or influence in determining the jury’s verdict’»].

¹⁴⁴ *Kyles v. Whitley*, supra nota 140, p. 1567 (1995) [«helpful», «must be assigned the consequent responsibility to gauge the likely net effect of all such evidence and make disclosure when the point of ‘reasonable probability’ is reached»].

¹⁴⁵ *Whitebread/Slobogin*, supra nota 119, p. 682 – otra limitación: la ley Jencks [*Jencks Act*] (18 U.S.C. § 3500 [1995]) que prohíbe la divulgación de la identidad de los testigos y de sus manifestaciones hasta que el testigo haya declarado en juicio.

¹⁴⁶ 517 U.S. 456, 116 ss. Ct. 1480 (1996). Ver también *Whitebread/Slobogin*, supra nota 119, p. 682.

gar al descubrimiento en base a la regla 16 y la prueba debe ser divulgada¹⁴⁷. Sin embargo, incluso esta regla tiene una excepción: se acepta la no divulgación/descubrimiento si se puede realizar «una firme demostración de la existencia de intereses estatales»¹⁴⁸. En el caso *State v. Eads*¹⁴⁹ el abanico de intereses estatales que permitiría negarle a la defensa tener acceso sustancial a los archivos de la fiscalía fueron resumidos de la siguiente manera:

(1) cuando la divulgación le brindaría al imputado mayores oportunidades de prestar falso testimonio y fabricar pruebas para refutar la pretensión del Estado; (2) si la divulgación hace que los testigos sean pasibles de soborno, amenaza e intimidación; (3) puesto que el Estado no puede compeler al imputado a que divulge ... la prueba, cuando la divulgación por parte del Estado le daría al imputado una ventaja irrazonable en el juicio; y (4) cuando de todos modos la divulgación es innecesaria atento a la existencia de otras fuentes de información que tiene el imputado de acuerdo al derecho vigente.

Implícitamente se entiende que hay un firme interés estatal cuando una agencia del Estado invoca el *privilegio del secreto de Estado*, i.e. si sostiene que la divulgación revelaría información relacionada con la defensa nacional, o la seguridad nacional o las relaciones internacionales de EE.UU. De hecho, los tribunales examinan este tipo de argumento con mucha deferencia, y el privilegio es considerado absoluto en la medida en que sea debidamente invocado por el oficial gubernamental adecuado¹⁵⁰.

C. *Segundas conclusiones intermedias*

Tanto el derecho inglés como el norteamericano establecen obligaciones de divulgación para la fiscalía. En el derecho inglés esta obli-

¹⁴⁷ U.S. v. Armstrong, supra nota 145, p. 1485 (1996) [«sword», «shield», «refute the Government's arguments that the defendant committed the crime charged»].

¹⁴⁸ Whitebread/Slobogin, supra nota 119, p. 683 [«a strong showing of state interests»].

¹⁴⁹ 166 N.W.2d 766, p. 769 (Iowa 1969) [«(1) It would afford the defendant increased opportunity to produce perjured testimony and to fabricate evidence to meet the State's case; (2) witnesses would be subject to bribe, threat and intimidation; (3) since the state cannot compel the defendant to disclose ... evidence, disclosure by the State would afford the defendant an unreasonable advantage at trial; and (4) disclosure is unnecessary in any event because of the other sources of information which the defendant has under existing law»].

¹⁵⁰ Cf. Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence* 381 ss. con mayores referencias a la jurisprudencia (LexisNexis 2007).

gación se refiere a la prueba que pueda de alguna manera «socavar» el caso de la fiscalía. En EE.UU. el test de la «probabilidad razonable» requiere de un «error que limite un derecho constitucional» que indique que el resultado del caso habría sido diferente si la prueba se hubiese divulgado antes del juicio. Este umbral tan alto, junto a la exigencia de que exista un pedido por parte de la defensa, parece que limita las obligaciones de la fiscalía bajo el régimen del descubrimiento norteamericano en mayor medida que el de la divulgación inglesa¹⁵¹. En este sentido, el modelo de las reglas de la CPI¹⁵² que exige presentar «todas las cartas sobre la mesa», es mucho más cercano al sistema inglés que al norteamericano, que adopta —para seguir usando la metáfora del juego de póker— el método de dejar las «cartas sobre el pecho» en lugar de ponerlas «sobre la mesa».

En cuanto a las *restricciones a la divulgación*, la situación es probablemente la opuesta. El derecho inglés, con su inmunidad por motivos de interés público, parece tener más restricciones que el norteamericano, en donde las restricciones, al menos con respecto a las «reglas que actúan como un escudo», exigen una «firme demostración de intereses estatales» (que está implícita, por supuesto, si se invoca el privilegio del secreto de Estado). A primera vista, la falta de divulgación por razones de confidencialidad bajo el derecho inglés es similar a la confidencialidad de la CPI, aunque no necesariamente conduce a la no divulgación: de acuerdo al Código de Práctica, el «material dado en confidencialidad» puede ser considerado como «material sensible» pero sólo podrá negarse su entrega si hubiese «un verdadero riesgo de serio perjuicio a un interés público importante, así como [...] las razones que conducen a esa opinión»¹⁵³.

Otra cuestión es qué *consecuencias* resultan de la violación a las obligaciones de divulgación. Tal como se vio anteriormente, la Sala de Primera Instancia del caso Lubanga (¡presidida por un juez inglés!) consideró que la no divulgación en base al artículo 54(3)(e) era

¹⁵¹ Para una crítica general al régimen norteamericano de la divulgación por considerarlo demasiado restrictivo, ver The Justice Project, *Expanded Discovery in Criminal Cases - A Policy Review*, p. 8 y *passim*, disponible en <http://www.thejusticeproject.org/national/solution/expanding-discovery/>.

¹⁵² Fabricio Guariglia, *The rules of procedure and evidence for the International Criminal Court: A new development in international adjudication of individual criminal responsibility* en: The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary 1127 (Antonio Cassese et al. ed, 2002). A favor de esta interpretación Kai Ambos, *International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed*, 3 Intl Crim. L. Rev. 1, 16 (2003).

¹⁵³ Ya señalado supra nota 96 y su texto principal [«material given in confidence», «sensitive material», «a real risk of serious prejudice to an important public interest, and the reason for that belief»].

un abuso de derecho que exigía el sobreseimiento en la causa. Bajo el derecho inglés la consecuencia sería la misma, puesto que un tribunal concluiría que la falta de divulgación privaría al imputado del juicio justo¹⁵⁴. De acuerdo al derecho norteamericano, la violación al deber de divulgación normalmente implicaría una sanción que recae sobre la prueba involucrada, a saber «una orden de presentación, el aplazamiento del juicio, y la prohibición de introducir la prueba o de convocar al testigo cuya existencia no fue adecuadamente divulgada»¹⁵⁵.

IV. Conclusión final

La divulgación de la prueba (eximente) es una cuestión medular del derecho del acusado a un juicio justo¹⁵⁶. Se trata del instrumento más importante, sino el único, para que la defensa equilibre los mayores recursos con los que cuenta la fiscalía¹⁵⁷ y alcance algún tipo de «igualdad de armas»¹⁵⁸. La divulgación es reconocida no sólo en los sistemas adversariales¹⁵⁹, sino también en los llamados sistemas inquisitivos, aunque de manera indirecta, a través del acceso al «expediente del caso»¹⁶⁰. El régimen de la divulgación es de gran complejidad, en buena medida por la tensión subyacente entre el derecho de defensa y los intereses opuestos de seguridad pública o privada¹⁶¹. Los

¹⁵⁴ Cf. R v Matthew Smith [2004] EWCA Crim 2212, [19]; R v. Hall [2005] EWCA Crim 747.N.W.; ver también Taylor, *Trial: Abuse of Process*, Crim.L.R. 991 (2005).

¹⁵⁵ Ver Encyclopedia of Crime and Justice 539 (2a ed. 2002) [«an order to comply, a continuance, and a prohibition against introducing the evidence or calling the witness not properly disclosed»].

¹⁵⁶ Cf. Prosecutor. v. Lubanga, supra nota 2, párr. 77 ss., 92; ver también Brady, supra nota 20, p. 403.

¹⁵⁷ Encyclopedia of Crime and Justice, supra nota 88, p. 534; Brady, supra nota 20, p. 403.

¹⁵⁸ Dennis, supra nota 79, p. 343; Swoboda, supra nota 20, p. 450 [«equality of arms»].

¹⁵⁹ Alphons Orié, *Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings before the ICC* en: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II 1450 (Cassese et al. ed., 2002); Schabas, supra nota 20, p. 1270 mn. 54.

¹⁶⁰ Acerca de la discusión con respecto al «modelo de caso único» del sistema inquisitivo, ver Ambos, supra nota 27, pp. 472-73 [«case dossier»].

¹⁶¹ Ver, por ejemplo, el *Protocol of the Control and Management of Unused Material in the Crown Court* (2006, disponible en www.justice.gov.uk/criminal/procrules_fin/contents/pd_protocol/pd_protocol_disclosure.htm) en donde se dice: «Durante mucho tiempo ha existido una amplia gama de confusiones, tanto en relación al ámbito exacto del material que no se utiliza sobre el cual la defensa tiene derecho a acceder, como al papel que tiene que desempeñar el juez para asegurar que ese derecho se aplica correctamente».

dos roles de la fiscalía —por un lado, perseguir vigorosamente las conductas criminales y reunir las pruebas incriminantes; por el otro, cumplir el papel de un órgano de investigación neutral que también vela por los intereses de los imputados e investiga las circunstancias eximentes— aumenta esta tensión¹⁶². Sin lugar a dudas la fiscalía debe estar en una posición de investigar adecuadamente¹⁶³, y para hacerlo con frecuencia necesita informantes. Pero si se revelase la identidad de estos informantes —en forma directa o indirecta mediante la exposición de la información que aportaron— corren un serio riesgo de ser intimidados (o aún peor). Como consecuencia, estas fuentes de información tarde o temprano se van a agotar¹⁶⁴. Todo esto se aplica con mayor énfasis en las clases de investigaciones a ser realizadas por el Fiscal de la CPI. Obviamente esto no significa que los derechos de defensa deban ser ignorados, o que incluso las investigaciones deban ser realizadas en secreto. Ello conduciría ciertamente a una injusticia¹⁶⁵ y afectaría el prestigio de la justicia penal (internacional)¹⁶⁶. En última instancia, la pregunta acerca de si determinada información debe o no ser divulgada, y si cierta prueba es relevante para la defensa, sólo puede ser contestada en base a un análisis caso por caso¹⁶⁷.

La tensión entre las obligaciones de divulgación (art. 67 (2)) y las garantías de confidencialidad (art. 54 (3)(e)), tal como fue expuesta en el caso Lubanga, es un ejemplo vivo de las dificultades que deben afrontar los fiscales en los procedimientos internacionales. No obstante, la escalada de conflictos en el caso Lubanga no es sólo el resultado de estas tensiones, sino que básicamente es consecuencia de la estrategia equivocada de la Fiscalía de focalizarse en la información confidencial a fin de presentar resultados rápidos en la in-

¹⁶² Ver art. 54 (1)(a). Esta interpretación del papel del fiscal también es apoyada por la Cámara de los Lores en «H and C» [2004] 2 W.L.R. 335, 13. Ver también Code for Crown Prosecutors (2004), párr. 2.2, en donde se dice que los fiscales deben ser «justos, independientes y objetivos». Ver también Dennis, supra nota 79, pp. 343, 345 (actuación en los intereses de la justicia) y Redmayne, supra nota 79, pp. 441 y 443.

¹⁶³ Redmayne, supra nota 79, p. 441 y 443.

¹⁶⁴ Dennis, supra nota 79, p. 374.

¹⁶⁵ Ver R v. H, [2004] UKHL 3, 550, p. 560; [2004] 2 Crim. App. 10, 179, p. 185, a través de Lord Bingham: «La amarga experiencia ha demostrado que pueden ocurrir graves perjuicios a los derechos del imputado cuando se sustrae de la divulgación aquél material que está en posesión del fiscal que puede debilitar su caso, o fortalecer el del imputado».

¹⁶⁶ Ver también Swoboda, supra nota 20, pp. 470 y 472.

¹⁶⁷ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-1401, supra nota 2, párr. 89: «una meticulosa evaluación debe ser realizada por la Sala de Cuestiones Preliminares caso por caso sobre la relevancia potencial de la información a la defensa». Ver también Tapper, supra nota 75, p. 303.

investigación. La Fiscalía se esforzó por conseguir un éxito rápido, pero no sustentable, al pretender «obtener una amplia variedad de material al amparo de la confidencialidad»¹⁶⁸, sin llevar a cabo, en primer término, una investigación adecuada, y sin prestar debido respeto a los derechos fundamentales de divulgación del imputado¹⁶⁹. Ante esta situación, la Sala de Primera Instancia I no tuvo otra alternativa que disponer el sobreseimiento en la causa a fin de forzar a la Fiscalía a cumplir con sus obligaciones de divulgación. De hecho, la divulgación final de la Fiscalía de todo el material relevante confirma que la Sala de Primera Instancia I adoptó la posición correcta, y que había formas para que la Fiscalía cumpliera con las exigencias del juicio justo del Estatuto CPI. A fin de cuentas, la Sala de Primera Instancia I tomó la decisión adecuada, puesto que la justicia debe prevalecer: la sociedad «no sólo gana cuando los culpables son condenados, sino también cuando los juicios penales son llevados a cabo en forma justa»; «la justicia padece cuando un imputado es tratado con desventaja»¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, supra nota 2, párr. 72-73 (13 de junio de 2008) [«to obtain a wide range of materials under the cloak of confidentiality»].

¹⁶⁹ Crítico también Stuart, supra nota 56, pp. 409, 413.

¹⁷⁰ *Brady v. Maryland*, supra nota 118, p. 1197 (a través del Justice Douglas); ver también Orié, supra nota 158, p. 1450; con respecto al caso Lubanga, ver también D. N. Nsereko, *The role of the international criminal tribunals in the promotion of peace and justice: the case of the ICC*, 19 CLF 373, p. 389 (2008) [«wins not only when the guilty are convicted but when criminal trials are fair»; «justice suffers when any accused is treated unfairly»].