

SI XIX^B, 150 A

KAI

AMBOS

OSCAR JULIÁN

GUERRERO

(COMPILADORES)

EL ESTATUTO DE ROMA

DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

La Universidad Externado de Colombia agradece a la Editorial Kluwer Law International, por la cesión de los derechos de los artículos aparecidos en la revista *European Journal of Crime, Criminal Law and Crimimal Justice*, Vol. 6, N° 4, 1998.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

ISBN 958-616-421-7

2003/1283

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1999
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 N° 1-17 Este, Bogotá - Colombia. Fax 2843769.

Primera edición: octubre de 1999

Diseño de carátula: Giovanni Muñoz Londoño
Composición: Mauricio Zambrano Ramírez
Fotomecánica, impresión y encuadernación: PANAMERICANA, Formas e Impresos S. A.,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

EDUARDO MONTEALEGRE HANS PETER KAUL
KAI AMBOS LYLAL S. SUNGA
OSCAR J. GUERRERO WILLIAM SCHABAS
FRANK JARRASCH HANS JÖRG BEHRENS
MORTEN BERGSMO CLAUD KREß

Puesto que el Estatuto de la Corte Penal Internacional es un instrumento reciente, que todavía no ha entrado en vigor, y cuyos problemas de aplicación práctica no se han evidenciado aún, los artículos recopilados en este volumen se centran más en la presentación de los antecedentes, inmediatos y remotos, que precedieron el acuerdo en torno a cada uno de los temas que integran el Estatuto, como las diferentes posiciones que se presentaron en torno a la definición de la competencia de la Corte (universal, automática, sometida al consentimiento del Estado, determinada por cláusulas *opt-in/opt-out*), los grupos de países que defendieron cada una de ellas y las fórmulas que hicieron posible el texto finalmente aprobado.

Los autores muestran y explican cómo fueron las discusiones al interior de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios; cuál fue el origen y procedencia de las normas propuestas; cuáles fueron, respecto de cada tema, las propuestas, las contrapropuestas y las fórmulas de transacción presentadas a fin de lograr consensos y permitir la adopción final del texto.

Poco después de un año de la aprobación del estatuto de la Corte Penal Internacional, la Universidad Externado de Colombia ofrece esta recopilación de artículos escritos por personas que participaron en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, que se reunió en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, como representantes de las delegaciones de las Naciones Unidas y de Alemania (tal vez la más favorable a una Corte eficaz y con bastantes poderes) así como de organizaciones de derechos humanos que han impulsado el establecimiento de la Corte Penal Internacional. También se incluyen los artículos de estudiosos del derecho penal internacional, del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo de Brisgovia.

La Universidad tiene la convicción de que la difusión, el conocimiento y el estudio del régimen jurídico de la Corte Penal Internacional constituyen una manera de contribuir al debate que debe darse en nuestro medio en torno a las implicaciones para Colombia de la ratificación del Estatuto de Roma.

Eduardo Montealegre Lynett

Director

Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho

KAI AMBOS*

*Defensa penal ante el Tribunal de la ONU para la ex Yugoslavia***

INTRODUCCIÓN

Debido al creciente número de procesos por delitos cometidos en la ex Yugoslavia que se están desarrollando ante el Tribunal Penal *ad hoc* (ICTY¹) instaurado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se ha despertado un interés cada vez mayor por la actividad de dichos tribunales, tanto en la opinión pública como en el círculo de juristas y, en especial, de los abogados defensores alemanes. Este interés aumentó cuando en julio de 1998 se creó en el seno de una Conferencia de Estados en Roma la Corte Penal Internacional permanente, cuya competencia —en principio territorialmente ilimitada— se extenderá al conocimiento de delitos de carácter internacional². Con ocasión de tales circunstancias, se procederá a presentar brevemente al lector la manera como

* Doctor en Derecho (Universidad de Munich). Referente científico del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia), encargado de las secciones Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica. Asistente científico (prof. asistente) de la Universidad de Friburgo.

** Traducción de Alicia González Navarro, Becaria de Formación de Personal Investigador, Área de Derecho Procesal de la Universidad de La Laguna (Tenerife, España), revisado por el autor. Actualizado a julio de 1999.

¹ International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. Cfr. Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 808, de febrero 22 de 1993, en *Human Rights Law Journal (HRLJ)* 1993, p. 197; también en Report Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), mayo 3 de 1993, Doc. de las O. N., p. 25.704 —en *HRLJ* 1993, pp. 198 y ss., par. 28), y —de la ya inabarcable literatura (internacionalista)— por ejemplo Roggemann. *Der internationale Strafgerichtshof der Vereinten Nationen von 1993*, Berlin, 1994; Bassiouni/Manikas. *The Law of the ICTY*, New York, 1996. Cfr. también en internet, <http://www.un.org/icty>.

² Para el texto del Estatuto de Roma ver www.un.org/icc; para un análisis ver Ambos. "Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N° 111 (1999), pp. 175 a 211.

se desarrollará el proceso ante el ICTY (I), abordándose en especial la situación del abogado y del inculcado en dicho proceso (II).

I. DESARROLLO DEL PROCESO ANTE EL ICTY

El Estatuto del ICTY (en adelante Estatuto³) no regula el proceso de forma exhaustiva. Sólo once (arts. 18 a 23, 25 a 29) de sus 34 artículos se refieren a cuestiones procesales en sentido estricto. Por ello, el artículo 15 del Estatuto establece que los jueces deben dotarse a sí mismos de un ordenamiento procesal. Estas "Reglas procesales y probatorias⁴" (en adelante "Reglas") contienen lo que podríamos denominar el código de procedimiento por el que se rige el ICTY. Del artículo 15 del Estatuto se deduce que el procedimiento en primera instancia se divide en una fase de investigación (*pre-trial phase*) y en un juicio oral (*trial proceedings*); además existe también un procedimiento de apelación (*appeals*).

A. FASE DE INVESTIGACIÓN -PRE-TRIAL PHASE-

La fase de investigación se iniciará por el órgano de la acusación pública (*prosecutor*) de oficio o a causa de informaciones obtenidas por cualquier tipo de fuente (*from any source*) (art. 18.1 Estatuto), actuando aquél independientemente, como órgano autónomo del Tribunal (art. 16.2 Estatuto)⁵. Sobre la base de las informaciones obtenidas, el órgano represen-

3 Cfr. Report Secretary General, *supra* nota 1, pars. 32 y ss. (también en HRLJ, 1996, pp. 211 y ss.); *Zeitschrift für allgemeines öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 1994, pp. 416 y ss. Ver también la Resolución 1166 de mayo 13 de 1998 del Consejo de Seguridad que creó una tercera sala penal de primera instancia y multiplicó el número de jueces por tres (arts. 11 a 13 del Estatuto).

4 Rules of Procedure and Evidence, febrero 11 de 1994, reformadas por último en julio 9/10 de 1998 (aquí analizada en la versión de la reforma de octubre 20 y noviembre 12 de 1997), ver www.un.org/icty/basic.htm.

5 El ICTY se compone—por la reciente resolución arriba mencionada (n. 3)—de tres Salas Penales (*Trial Chambers*) de primera instancia, y de una Sala de Apelación (*Appeals Cham-*

tante de la acusación pública decidirá si los presupuestos que se dan son suficientes (*sufficient basis*) para que pueda continuar el proceso (art. 18.1 inc. 2° Estatuto). La acusación pública, en su caso con el apoyo de otras autoridades estatales (art. 18.2, inc. 2° en relación con el art. 29 Estatuto), tiene extensos poderes en el marco de la investigación, como por ejemplo, interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, practicar pruebas (adicionales) e inspecciones oculares (art. 18.2 inc. 1° Estatuto; cfr. también Reglas 39 a 41). Al final de la investigación, el órgano acusador podrá bien archivar la causa por falta de presupuestos suficientes, en el sentido del artículo 18.1, inc. 2° Estatuto, o bien redactar—en el supuesto de que se dé el así denominado *prima facie case*—el escrito de acusación (*indictment*, art. 18.4 del Estatuto)⁶, el cual será entregado para su posterior examen a un juez⁷ mandado a llamar por el Presidente del Tribunal (*ibid.*, Regla 47).

El escrito de acusación debe contener los datos personales del inculcado, una exposición detallada de los hechos que se le imputan, y el reproche jurídico-penal que se le hace (art. 18.4 Estatuto; Regla 47 A ii). Antes de su examen por el juez, el escrito de acusación podrá ser modificado o retirado en cualquier momento; después de la confirmación judicial (la cual se estudiará ahora mismo), la modificación o retiro de la acusación sólo procederá previo acuerdo del juez, mientras que después de la práctica de la prueba en la vista principal será necesaria la aprobación de la Sala penal competente si se quiere llevar a cabo alguna modificación o el retiro del escrito de acusación (Regla 50 A, 51). El escrito de acusación que haya sido objeto de modificación deberá ser puesto en conocimiento del acusado y de su defensor, debiéndose otorgar tiempo suficiente para preparar la nueva defensa (Regla 50 A, inc. 2°, B y C). Por regla general, el

ber), las cuales se componen de tres y cinco jueces, respectivamente (arts. 11 y ss. del Estatuto). Además, la acusación pública (*Prosecutor*) y la oficina judicial, también estarán adscritas a la organización del ICTY (art. 11 Estatuto).

6 Cfr. También la Regla 47 (A), que habla de "sufficient evidence to provide reasonable grounds for believing that a suspect has committed a crime".

7 Según la Regla 28, el Presidente seleccionará cada seis meses un juez de Sala. Cada uno de estos jueces se encargará durante catorce días del examen del escrito de acusación y de la ordenación de medidas coercitivas.

escrito de acusación no tendrá carácter secreto (Regla 52); sin embargo, en interés de la justicia (*in the interests of justice*), podrá ser declarado total o parcialmente secreto (Regla 53).

El juez podrá confirmar el escrito de acusación (cuando esté convencido de que la acusación pública haya conseguido acreditar un caso de *prima facie*), o bien, en caso contrario, rechazarlo (art. 19.1 Estatuto). El examen del escrito de acusación, en el marco del cual habrá de ser oído el órgano de la acusación, podrá llevar sólo al rechazo de determinados puntos contenidos en el escrito de acusación, los cuales podrán ser de nuevo objeto de acusación, siempre que se dé la concurrencia de pruebas adicionales (Regla 47 E). Confirmada la acusación, el juez podrá, a instancia del órgano representante de la acusación, ordenar medidas coercitivas, tales como la detención y conducción forzosa del acusado (art. 19.2 Estatuto).

Tales medidas también las podrá ordenar el juez de oficio, según la Regla 54, debiendo dar conocimiento de ellas a las autoridades nacionales del Estado donde tenga su domicilio o resida el acusado. Además, también se le dará a conocer a la citada autoridad tanto el escrito de acusación como la información de los derechos del acusado (Regla 55 A, B; 59 bis A), estando aquéllas obligadas a poner al acusado a disposición judicial lo antes posible (art. 20.2 Estatuto; Regla 56). El acusado habrá de ser informado de sus derechos, desde la primera detención de forma que pueda entenderlos (art. 20.2 Estatuto; Regla 59 bis B).

B. JUICIO ORAL — TRIAL PROCEEDINGS —

Con la confirmación judicial de la acusación se abre el juicio oral. Cuando el acusado —en ejecución de las órdenes judiciales anteriormente citadas— sea puesto a disposición de la Sala penal competente, deberá ser en esta *initial appearance* (nuevamente) instruido sobre sus derechos de forma detallada, habiendo de examinarse si éstos han sido debidamente salvaguardados (art. 20.3 Estatuto; Regla 62 i, ii). Acto seguido se le dará la posibilidad de reconocerse culpable o inocente (art. 20.3 Estatuto; Regla 62, iii-v)⁸. Si el

8 Regla 62 iii: "... to enter a plea of guilty or not guilty on each count".

acusado se reconoce culpable, se fijará inmediatamente una fecha para la celebración de la vista en la cual se llevará a cabo la medición judicial de la pena (*pre-sentencing hearing*); en caso contrario, se fijará la fecha para la celebración del juicio (normal) (Regla 62 iv, v).

A más tardar en este momento se hace perceptible la influencia del proceso adversatorio angloamericano: por un lado, se introduce el *guilty plea*, y por otro queda clara la separación entre la resolución judicial que contiene la sentencia y aquella que sólo contiene la medición de la pena⁹. El proceso regulado en la Regla 61 para los supuestos de falta de ejecución de una orden de prisión (*procedure in case of failure to execute a warrant*) también tiene sus raíces en el proceso de partes adversatorio, por lo que con ello se introduce una suerte de proceso en ausencia del acusado de carácter disciplinario: si, a pesar de que la acusación pública haya hecho todo lo posible para ello, la orden de prisión no puede ser ejecutada pasado un tiempo determinado, entonces tendrá lugar un proceso ante la Sala penal competente en ausencia del acusado, con práctica de prueba incluida. Si la Sala penal está convencida de que las pruebas introducidas por la acusación son razonablemente fundadas (*reasonable grounds for believing*) confirmará la acusación (¡no expide una sentencia condenatoria!). Seguidamente deberá publicar una orden internacional de prisión e indicar a los estados interesados que tomen medidas provisionales que determinen la congelación de los efectos patrimoniales del acusado. Si la falta de ejecución de la orden de prisión se debe a la no cooperación de un Estado, la Sala penal deberá determinar si ello realmente es así, y el Presidente del Tribunal informará en este sentido al Consejo de Seguridad de la ONU. Finalmente, la aplicación de una *subpoena* (Regla 54) con el consecuente castigo de un testigo a causa de *contempt of the tribunal* (Regla 77), también es un instituto propio del proceso adversatorio¹⁰.

9 Así en el caso Erdemovic, inmediatamente después de su confesión, se fijó la fecha para la vista de medición de la pena (ICTY-Trial Chamber I, Sentencing Judgement, Drazen Erdemovic, Case N° IT-96-22-T, novviembre 29 de 1996, internet: <http://www.un.org/icty/jure22.htm>). También para el Tribunal penal internacional permanente está prevista la separación entre la resolución que contiene la sentencia y aquella que sólo contiene la medición de la pena, cfr. Ambos, en ZRP, 1996, p. 266.

10 En cuanto a esta problemática, cfr. ICTY-Trial Chamber II, The Prosecutor v. Tihomir

Tras la primera comparecencia del acusado, el órgano de la acusación deberá, *as soon as practical*, poner en conocimiento de la defensa todo el material en que se apoye la acusación, así como otros documentos que puedan resultar de importancia para la preparación del juicio oral (Regla 66 A, B). Sin embargo, si se trata de informaciones que puedan hacer peligrar otras investigaciones en curso o perjudicar los intereses de seguridad de algún Estado, entonces el órgano de la acusación podrá solicitar ante el Tribunal de primera instancia que se le exima del deber de dar a conocer tal información. Ello no obstante, deberá presentar al Tribunal *in camera* la información que se tenga por confidencial (Regla 66 C).

El deber *unilateral* del órgano de la acusación de dar a conocer la información se complementa con el también deber de puesta en conocimiento, esta vez *recíproco*, de aquélla y de la defensa (Regla 67). A continuación se nombrarán los testigos de cargo y de descargo. El carácter adversarial que sale a relucir —nuevamente— en relación con la estructura del proceso, queda un tanto difuminado por el hecho de que la acusación también debe poner en conocimiento de la defensa las pruebas de descargo (Regla 68). Los citados deberes de puesta en conocimiento no rigen con respecto a la documentación interna específica de las partes, ni con respecto a informaciones de carácter confidencial. De aquí se desprende en especial el derecho a no testificar (Regla 70 A-D).

Tras la primera comparecencia del acusado ante el juez, las partes podrán solicitar determinadas resoluciones provisionales (*preliminary motions*), por ejemplo relativas a la competencia del Tribunal, a la forma del escrito de acusación, o a la adecuada defensa del acusado (Reglas 72 y 73).

Blaskic, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of subpoena duces tecum, julio 18 de 1997 (internet: <http://www.un.org/icty/subpoena.htm>) y la decisión de apelación de octubre 29 de 1997 (IT-95-14-AR 108 bis). Cfr. también el dictamen del Max-Planck-Institut de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo en Brisgovia, septiembre 15 de 1997, Eser/Ambos. "The power of national courts to compel the production of evidence and its limits. An amicus curiae brief to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 6 (1998), pp. 3 a 20.

La verdadera vista oral ante el Tribunal Penal es, por regla general, pública, siempre y cuando no concurren causas de orden público, de moral, de seguridad nacional o de intereses relativos a la Administración de Justicia, que exijan una (motivada) exclusión de la publicidad (art. 20.4 Estatuto; Reglas 78 y 79). El desarrollo del juicio oral responde al carácter adversarial del proceso. Tras la inicial exposición de los criterios de la acusación y de la defensa (Regla 84), comienza la práctica de la prueba. Salvo disposición en contrario del Tribunal, la acusación comenzará a exponer sus pruebas de cargo, seguida de la defensa; a éstas podrá replicar la acusación y duplicar la defensa (*rebuttal* y *rejoinder*) (Regla 85 A i-iv). Ello no obstante, el Tribunal Penal podrá además, por sí mismo —y aquí salta a la vista un elemento procesal inquisitivo— solicitar a las partes pruebas adicionales y citar a testigos a declarar (Regla 85 A v en relación con la Regla 98). Algo similar sucede con el interrogatorio de testigos, el cual tiene generalmente carácter adversarial (*examination-in-chief*, *cross-examination* y *re-examination*), aunque en él el Juez podrá plantear preguntas al testigo siempre que quiera (Regla 85 B). El acusado podrá comparecer como testigo en causa propia (*witness in his own defence*) (Regla 85 C).

Por lo que se refiere a la prueba, rige con carácter general el principio relativo a que el Tribunal no debe quedar vinculado por las reglas nacionales de la prueba. Al contrario, debe aplicar los principios relativos a la prueba que posibiliten una decisión justa y que sean acordes con el espíritu del Estatuto y de los principios generales del derecho¹¹. El Tribunal podrá admitir todas las pruebas que puedan ser de interés para el proceso y rechazar aquéllas que pongan en peligro la garantía del *fair trial* (Regla 89 C, D). En este contexto debe ser traída a colación la Regla 95, según la cual no deberán ser admitidas las pruebas que hayan sido obtenidas con violación de las normas internacionales protectoras de los derechos humanos¹². Los testigos deben ser interrogados directamente y bajo juramento; con la última modificación

11 Cfr. Regla 89 (B): "Rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter ... and are consonant with the spirit of the statute and the general principles of law".

12 Regla 95: "... if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings".

de las Reglas se permite también un interrogatorio a través de una conferencia video (Regla 90 A, B). También podrá testificar un niño, siempre que el Tribunal considere que tenga la suficiente madurez para ello; sin embargo, la sentencia no podrá fundarse únicamente en esta declaración (esta disposición es contraria a las reglas de la libre valoración de la prueba, Regla 90 C). Es verdad que un testigo puede negarse a hacer declaraciones que sean de cargo para él, pero también es cierto que el Tribunal puede obligarle a contestar una pregunta. Sin embargo, la declaración así obtenida sólo podrá ser valorada en un proceso posterior por falso juramento (Regla 90 F)¹³, lo cual no será problemático, debido a la posibilidad que existe de persecución penal nacional. Tampoco supone mayor problema la Regla 92, según la cual la confesión del acusado ante el órgano de la acusación deberá ser tenida como voluntaria, salvo prueba en contrario. La Regla 93 da cuenta del carácter especial de los delitos objeto de conocimiento del ICTY, ya que admite como prueba un determinado modelo de conducta (*consistent pattern of conduct*) en casos de graves violaciones del Derecho internacional público humanitario. Las circunstancias conocidas por la generalidad no habrán de ser objeto de prueba, pero el Tribunal tendrá que tener conocimiento de ello (Regla 94). En casos de delitos sexuales deberá valer finalmente la declaración de la víctima, prescindiéndose de otras pruebas (*no corroboration*); por lo demás —aunque esto es en realidad un precepto de carácter material— el consentimiento de la víctima no sirve como causa de justificación ni como causa de exculpación (*defence*) (Regla 96).

Después de la práctica de la prueba tienen lugar los informes finales de la acusación y de la defensa, ante los cuales cabrá réplica y dúplica, respectivamente (Regla 86). A continuación, el Tribunal se retirará para deliberar (Regla 87). La sentencia se dictará en vista pública y en la fecha que previamente se hubiese determinado (art. 23.2 inc. 1º Estatuto; Reglas 87 y ss.). Su publicación contendrá tanto los fundamentos jurídicos de ésta, como los votos particulares desidentes (art. 23.2 inc. 2º Estatuto)¹⁴.

¹³ Cfr. también, en cuanto al falso juramento, la Regla 91.

¹⁴ Esto se contradice con la Regla 88 C, según la cual la justificación sólo habrá de hacerse pública lo más pronto posible ("as soon as possible").

Si el acusado es absuelto deberá ser puesto inmediatamente en libertad (Regla 99 A). Si no procede la absolución —y tal y como sucedía en el supuesto de que el acusado se reconociese culpable— tendrá lugar una vista para la medición judicial de la pena, en la cual la acusación y la defensa deberán exponer sus informaciones respectivas. La sentencia se ejecutará en un país acerca del cual el Consejo de Seguridad de la ONU haya manifestado su conformidad para que dicho Estado se haga cargo del condenado. La condena se cumplirá según los preceptos del Estado donde haya de ejecutarse y quedará sometida al control del ICTY (art. 27 Estatuto; Reglas 103 y ss.).

Frente a la sentencia de primera instancia las partes sólo podrán interponer recurso de apelación (*appeal*), el cual sólo podrá basarse en error de derecho, que acarreará la nulidad de la sentencia, o en error de hecho, que dará lugar a una sentencia errónea (art. 25.1 Estatuto; Reglas 107 y ss.). El procedimiento de apelación será fundamentalmente escrito (cfr. en especial Regla 109), en el cual, sin embargo, podrán ser admitidas pruebas adicionales (Regla 115 y 117 A). La Sala de Apelación podrá, por medio de sentencia que proclamará públicamente, confirmar, anular o modificar la resolución del Tribunal Penal (art. 25.2 Estatuto). En caso de nulidad el Tribunal de Apelación también podrá ordenar que el acusado sea nuevamente enjuiciado (Regla 117 C). Cuando surja un hecho nuevo del que no se tenía conocimiento en el momento del enjuiciamiento y que haya podido ser de decisiva importancia para la resolución de la causa, cabe la posibilidad de un proceso de revisión (*review*) (art. 26 Estatuto; Reglas 119 y ss.).

II. EL ESTATUS DEL DEFENSOR Y DEL ACUSADO, EN PARTICULAR

El Estatuto del ICTY y las Reglas contienen disposiciones generales, especialmente en cuanto al derecho del acusado a gozar de una defensa adecuada. El artículo 18.3 del Estatuto determina que el sospechoso en la fase de investigación podrá valerse para el interrogatorio de un abogado de su elección y que, dado el caso, tal abogado se le deberá asignar de oficio; además tendrá derecho a que un intérprete traduzca tanto lo que él diga, como todo lo que digan los demás a una lengua que pueda entender. El artículo 21 del

Estatuto prevé otros derechos del acusado, tales como el de presunción de inocencia (par. 3) y que se le dé tiempo y posibilidad suficientes para preparar su defensa (par. 4 g). Todos estos preceptos no representan otra cosa que las exigencias mínimas del derecho a un proceso debido (*fair trial*) garantizadas por el Derecho internacional público (cfr. art. 14 PIDCP¹⁵, art. 6° CEDH¹⁶ y art. 8° CADH¹⁷).

En todo ello se le da especial importancia al hecho de que el acusado entienda en todas las fases del proceso, tanto lingüística como intelectualmente, aquello que le está aconteciendo. Esto se deja especialmente claro en el artículo 20.3 del Estatuto, al establecer que el Tribunal, tras la lectura del escrito de acusación, habrá de asegurarse de que se garanticen los derechos del acusado y de que éste haya entendido la imputación que se le hace (a pesar de que esto resulta ya de los derechos que en general tiene el acusado).

Las Reglas confirman o, mejor dicho, concretan los derechos que se establecen en el Estatuto. Así, la Regla 42 repite los derechos que le asisten a lo largo de la fase de investigación y determina, en concreto, que el interrogatorio del acusado no puede tener lugar sin que se halle presente su abogado, salvo que el acusado haya renunciado a dicha presencia. También en este caso de renuncia el acusado podrá exigir en cualquier momento la presencia de su abogado, para lo cual el interrogatorio habrá de ser interrumpido (Regla 42 B, 63). Especial referencia merece la práctica y posible valoración del interrogatorio que la acusación pública puede llevar a cabo, según la Regla 43 (Regla 42 A iii). Las Reglas 59 *bis* B y 62 ii confirman la idea fundamental del artículo 20.3 del Estatuto, relativa a que el inculcado, ya desde la primera comparecencia ante el juez (*initial appearance*), debe ser

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, del cual, a enero 1° de 1998, formaban parte 140 estados (internet: <http://www.un.org/Depts/Treaty>).

¹⁶ Convención Europea para la defensa de los Derechos Humanos; ratificada a diciembre 10 de 1997 por 39 estados (cfr. *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)* 1997, pp. 128 y ss.; también internet: <http://www.coe.fr/tablconv/5t.htm>).

¹⁷ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificada a mayo 20 de 1997 por 25 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (cfr. internet: [gopher://oasunx1.oas.org:70/oo/pub/english/treaties/series_b/b32e](http://oasunx1.oas.org:70/oo/pub/english/treaties/series_b/b32e)).

informado de la acusación de forma que ésta le sea entendible. Durante el juicio oral el acusado podrá ser expulsado de la sala cuando, a pesar de las advertencias del Tribunal, persista en su actitud perturbadora del desarrollo del juicio (Regla 80 B). La comunicación del acusado con su abogado es objeto de protección especial: la puesta en conocimiento del contenido de tales comunicaciones será excepcional, como por ejemplo cuando lo consienta el mandante, o cuando haya dado información confidencial a una tercera persona, y ésta dé cuenta de aquélla (Regla 97: *lawyer-client privilege*).

Los presupuestos y la forma del nombramiento de abogado, así como la exigencia de que éste se comporte de acuerdo con su cargo no son regulados de forma exhaustiva en los textos normativos citados hasta el momento. Lo mismo sucede en relación con la prisión provisional del inculcado. Por ello el Tribunal ha ideado para estos aspectos una reglamentación jurídica especial¹⁸.

A. REGLAS GENERALES PARA EL NOMBRAMIENTO DE ABOGADO DEFENSOR

Esta Reglas Generales¹⁹ hallan su fundamento en los artículos 18 y 21 del Estatuto y en las Reglas 42, 44, 45 y 55. Según la Regla 44, el abogado defensor debe presentar su poder ante la oficina judicial lo antes posible; su cualificación será suficiente cuando le sea permitido dedicarse al ejercicio del derecho en algún Estado (*admitted to the practice of law in a State*), o cuando sea profesor universitario de derecho. Si no ha sido nombrado directamente por el inculcado, sino por el Tribunal —como suele suceder en los casos de inculcados con falta de medios económicos— el abogado habrá de figurar en una lista que estará en poder de la oficina judicial. Para ello tendrá que hablar una o las dos lenguas oficiales del Tribunal (inglés y francés), y habrá de estar dispuesto a

¹⁸ Aparte de lo analizado aquí ver también The Code of Ethics for Interpreters and Translators employed by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (IT/144), marzo 8 de 1998; cfr. internet: www.un.org/icty/basic.htm.

¹⁹ Directive on the Assignment of Defence Counsel (Directive N° 1/94), agosto 1° de 1994, reformada por última vez en julio 10 de 1998 (aquí analizada en la versión de noviembre 17 de 1997 = IT/73/REV.5), cfr. internet: www.un.org/icty/basic.htm.

aceptar prestar sus servicios en favor del inculcado que no tenga medios suficientes (Regla 45 A i; cfr. también art. 14 A Reglas Generales²⁰)²¹. En caso especial y por solicitud del inculcado falto de medios, podrá procederse al nombramiento de un abogado que no hable ninguna de las dos lenguas oficiales del Tribunal, aunque sí la de aquél (Regla 45 A ii; art. 14 B).

Las Reglas Generales, que en total constan de 34 artículos, se refieren fundamentalmente a los requisitos necesarios para que se declare el beneficio de justicia gratuita, y regula para este caso las particularidades del nombramiento de abogado defensor. El inculcado gozará de este beneficio de justicia gratuita cuando carezca de los medios suficientes para costearse un abogado de su elección (art. 5°). Siempre que solicite que se le nombre abogado de oficio (art. 6°) su situación será examinada por la oficina judicial; en este examen se tendrá en cuenta todo el patrimonio del inculcado —incluyendo en éste el del cónyuge y el de las personas que habitualmente conviven con él—, además de su estilo de vida (art. 7°). La decisión de la oficina judicial se basará en una declaración del solicitante (arts. 8° y 9°) y en informaciones adicionales conseguidas por aquélla (art. 10°). Mientras se examine la solicitud, al solicitante se le asignará un abogado provisional durante 30 días (art. 11 B). Si se le deniega la solicitud, el inculcado podrá presentar una nueva, en el caso de que se haya dado una alteración de las circunstancias (Regla 45 D). Según el artículo 11 bis de las Reglas Generales, también se le nombrará defensor de oficio —*in the interest of justice*— cuando no haya satisfecho los citados requisitos (art. 13 Reglas Generales).

Desde el punto de vista jurídico-político, este precepto ha de ser acogido positivamente; sin embargo, hace que se cuestione el sentido del procedimiento de examen descrito. Para resolver esta contradicción, el precepto habrá de ser interpretado restrictivamente, en el sentido de que el nombramiento de abogado de oficio, en los casos en que no se den los requisitos necesarios de

²⁰ Los preceptos que siguen se refieren a esta Regla General, salvo que se disponga otra cosa.

²¹ Estos requisitos han de ser justificados mediante los documentos correspondientes (Regla General 15).

falta de medios económicos, sólo será tenido en cuenta en casos excepcionales. Otro argumento a favor de esta interpretación restrictiva es el de la posibilidad de interponer recurso contra la denegación de la solicitud de nombramiento de abogado de oficio (art. 13 Reglas Generales).

Generalmente, sólo se nombrará un defensor, y cuando sean varios inculcados se le puede asignar a cada uno el suyo; excepcionalmente, se podrá también asignar al “abogado principal” otro auxiliar (art. 16 Reglas Generales). La actividad del defensor de oficio se regirá —además de por las normas aquí expuestas— por el Derecho corporativo nacional del abogado (art. 17). Sin embargo, su minuta será regulada por las Reglas Generales, ya que ésta correrá a cargo del presupuesto del ICTY.

Los gastos de representación incluyen aquellos relativos a medidas de investigación y procesales, y en particular, los derivados de la consecución de pruebas de descargo, informes, transporte y alojamiento de testigos, gastos de correos, impuestos o tasas similares (art. 18.2). Los honorarios se componen de una cantidad fija, de tasas derivadas de tarifas horarias, y de las tarifas diarias habituales de las Naciones Unidas (art. 23 A). Durante su actividad en el ICTY, el defensor de oficio no podrá tener otros ingresos (art. 23 B). La cantidad fija debe ser de 400 dólares (art. 24) y la tarifa horaria se determinará por la oficina judicial con base en la edad y la experiencia del abogado (art. 25); las tarifas diarias se regirán por las de su país, aunque, según la práctica habitual de las Naciones Unidas y después de los primeros 60 días, serán reducidas en un 25% (art. 26). El pago tiene lugar por solicitud del abogado, tras la conclusión de una fase del proceso (art. 27); sin embargo, cuando el mismo se haya desarrollado durante dos semanas podrá ordenarse un pago provisional (art. 28). Cuando un abogado es sustituido por otro durante el mismo proceso los honorarios se repartirán *pro rata temporis* (art. 29). Los gastos de viaje se restituyen por separado, a cuyo efecto en viajes por avión se pagará el precio de los billetes de la clase turista, mientras que las dietas por billetes de tren por el interior del Estado donde el ICTY tiene su sede serán por el precio del billete en primera clase (art. 30).

La asignación de un abogado de oficio podrá revocarse si desaparecen las circunstancias que dieron lugar a la declaración del beneficio de justicia gratuita (art. 19). También se *podrá* revocar cuando el acusado o el abogado lo

solicitar, o cuando el abogado principal lo solicite con respecto al abogado auxiliar; *deberá* ser revocada cuando el abogado no satisfaga las condiciones técnicas requeridas por el artículo 14 A, o cuando haya tenido algún comportamiento inadecuado (art. 20 B).

El abogado que ha sido destituido de su cargo deberá, en cualquier caso, desempeñar sus funciones durante un período de 30 días, hasta que se disponga de un sustituto (art. 21). Si el nombramiento del abogado es necesario para la práctica de medidas de investigación que hayan de llevarse a cabo fuera de la sede del Tribunal (Den Haag) durante la fase de instrucción, entonces el inculcado podrá nombrar él mismo a un abogado, o la autoridad acusadora podrá también contactar al colegio de abogados de la localidad (art. 22). Esto también regirá para el procedimiento aquí descrito de nombramiento del abogado de oficio, de tal manera que los gastos que se generen correrán por cuenta del ICTY.

Para la resolución de las desavenencias que puedan derivarse del nombramiento del abogado de oficio se instaurará una comisión asesora compuesta por representantes internacionales y de los Países Bajos pertenecientes a organizaciones corporativas (art. 32).

B. EL CÓDIGO DE CONDUCTA DEL ABOGADO DEFENSOR

Hasta aquí las Reglas solamente contienen una prescripción. Según ellas, la Sala podrá suspender al abogado, cuando su comportamiento sea ofensivo o impropio, o cuando de alguna otra manera entorpezca el correcto desarrollo del proceso. De tal comportamiento también se podrá dar cuenta a las organizaciones corporativas nacionales (Regla 46). Este precepto halla su complemento en un código de conducta aprobado por el Tribunal previo acuerdo de la ya citada comisión asesora²². El código puede ser calificado como expresión de principios generales del derecho, ya que se basa en los correspondientes preceptos corporativos de Australia, Bélgica, Bosnia y

²² Code of Professional Conduct for Defence Counsel Appearing before the International Tribunal, junio 12 de 1997 (IT/125), cfr. internet: www.un.org/icty/basic.htm.

Herzegovina, Inglaterra y Gales, Francia, Países Bajos, España, Estados Unidos y la Unión Europea, además de las correspondientes propuestas de la AIDP y de la Comisión Internacional de Juristas, así como de la Unión Internacional de Abogados (Union International des Avocats)²³. El código se compone de un preámbulo y de 23 artículos, los cuales regulan cuestiones conceptuales o formales (arts. 1° a 3°²⁴), las obligaciones generales del abogado frente a su mandante (arts. 4° a 11), su comportamiento frente al Tribunal (arts. 12 a 16), sus obligaciones frente a otros sujetos procesales (arts. 17 y 18) y la salvaguarda de la integridad de la corporación profesional (arts. 19 a 23). En caso de contradicción entre el Código y las Reglas Generales, prevalecerán éstas (art. 1.2).

En la *relación con su mandante* el abogado tendrá que aceptar las decisiones de aquél, siempre que no contravengan sus propias obligaciones éticas, y discutir con él los medios de defensa (art. 4.2). El mandato durará hasta que el mandante decida concluirlo, o hasta que el abogado de alguna otra manera y con la aprobación del ICTY quede relevado en su puesto (art. 4.1). El abogado no podrá aconsejar a su mandante la vulneración de los principios jurídicos del ICTY (art. 4.3). En su actuación habrá de ser competente e independiente, y, en especial, dar cumplimiento a sus deberes de asistencia y lealtad frente al mandante (arts. 5° y 6°); por otro lado, no deberá dejarse influir por falsos comportamientos del mandante, deberá defender su propia integridad y la de la corporación profesional en su totalidad, y no ceder a presiones externas (art. 5°). La obligación de informar continuamente a su mandante sobre el desarrollo del proceso (art. 7°), así como la de velar por informaciones confidenciales (art. 8.1), son una expresión más de los deberes de asistencia y de lealtad frente a su mandante. Las informaciones de carácter confidencial sólo podrá dárselas a conocer a sus colaboradores, debido a motivos de estrategia procesal; por lo demás, tales informaciones sólo podrán ser dadas a

²³ Cfr. las fuentes del artículo 23 del código. El hecho de que no se hayan incluido los preceptos jurídico-corporativos alemanes, se explica por un lado debido a los problemas del idioma, y por otro, a la falta de interés mostrado por la República Federal de Alemania frente al proceso de codificación del derecho penal internacional (cfr. también *infra*).

²⁴ Todos los artículos que siguen son del código, salvo que expresamente se diga lo contrario.

conocer con carácter excepcional: cuando el mandante lo acepte, o cuando él mismo se las haya dado a conocer a otra persona, la cual dé prueba de ello; cuando tal información sea necesaria para la defensa en un proceso civil o penal del abogado, o para impedir una acción criminal o que pueda dañar a una tercera persona (art. 8.2). Del deber de lealtad también se desprende que el abogado, en caso de conflicto de intereses, tendrá que hacer prevalecer aquéllos del mandante frente a los suyos propios o de otras personas (art. 9.1); esto también regirá en relación con su comportamiento frente a personas que carezcan de defensa técnica (art. 18.1 a). El abogado deberá velar para que no se llegue a dar tal conflicto de intereses (art. 9.2); si ello no fuere posible, deberá comunicarlo a los mandantes afectados y, o bien hacer todo lo posible para evitar el conflicto, o bien continuar con el mandato previo acuerdo del mandante, siempre y cuando le sea posible cumplir su cargo obedeciendo a las obligaciones que le impone el código (art. 9.5). Un abogado no podrá representar a un mandante si tal representación entra en colisión con la de otro mandante, o cuando a causa de la representación de un mandante anterior los intereses frente a terceras personas o los propios intereses del abogado puedan influir negativamente en su relación con el mandante (art. 9.3). Generalmente, el abogado no podrá recibir ningún pago de ninguna otra persona o entidad que no sea el mandante, salvo cuando éste lo aceptase o cuando la independencia del abogado y su relación con el mandante no sufran ningún daño por ello (art. 9.4²⁵). Finalmente, el abogado deberá dar cuenta exacta del tiempo que haya invertido en el caso (art. 11).

En cuanto al *comportamiento ante el Tribunal*, se recuerda la obligación de atenerse a las Reglas, y se determina que el abogado no podrá mantener contacto con un juez o con una Sala si previamente no da información de ello al abogado de otra parte en el proceso; tampoco podrá entregar al juez pruebas relativas a una inspección ocular o documentales si previa o simultáneamente no informa de ello al abogado de otra parte procesal (art. 12). El defensor será personalmente responsable del comportamiento y de la exposición del caso

25 En caso de deficiencia física o psíquica del mandante, el abogado deberá comunicarlo al Tribunal y hacer todo lo que fuere necesario para que tal mandante sea representado adecuadamente, pudiéndose desarrollar una relación normal (art. 10°).

de su mandante, no estándole permitido dar intencionadamente una exposición falsa del caso, o proponer pruebas falsas (art. 13.1 y 2). El abogado deberá hacer todo lo posible para que se proceda a la corrección de averiguaciones falsas (art. 13.4). Deberá garantizar la integridad de las pruebas presentadas ante el Tribunal (art. 14). Para ello deberá cuidar que sus actos no desacrediten el proceso ante el Tribunal, y no deberá intentar influir ni sobre el órgano jurisdiccional ni sobre ningún otro funcionario del ICTY (art. 15). Finalmente, y como regla general, no podrá actuar como defensor en un proceso en que será llamado a declarar como testigo necesario, excepto cuando el testimonio recaiga sobre un hecho indiscutido o cuando su recusación represente para el mandante un inconveniente considerable (art. 16).

En cuanto a las *obligaciones frente a otros sujetos procesales*, el abogado defensor deberá dar a sus colegas y a su mandante el tratamiento debido, no debiendo entrar en contacto con el mandante de sus colegas de forma directa, sino que habrá de hacerlo por medio de éstos o con su permiso (art. 17). Por lo que se refiere a personas que carezcan de defensa técnica, el abogado, como ya se ha dicho, no podrá dar a éstas ningún consejo, si ello puede perjudicar los intereses de su mandante. Sin embargo, podrá ayudar a dichas personas a conseguir la asistencia de abogado, debiéndoles informar incluso del derecho y de la forma de defensa en el proceso ante el ICTY, independientemente de un posible conflicto de intereses frente a su mandante (art. 18).

La *integridad de la corporación profesional* se trata de asegurar por medio de determinadas medidas disciplinarias. En el proceso ante el ICTY el código de conducta prevalecerá frente a otros códigos nacionales (art. 19). Las siguientes conductas, *inter alia*, serán consideradas como faltas de disciplina profesional (art. 20):

- La vulneración o intento de vulneración del código, ya sea como autor, como partícipe, como inductor, o valiéndose de otras personas para conseguir sus propósitos de vulneración del código;
- La perpetración de un hecho delictivo que ponga en duda la sinceridad, la formalidad o crédito y la aptitud del abogado;
- La participación en conductas fraudulentas o desleales;
- La participación en conductas que ocasionen perjuicio al recto funcionamiento de la Administración de Justicia;

– El intento de influenciar a los funcionarios del Tribunal.

El abogado tiene la obligación de informar bien al juez, o bien a la Sala sobre comportamientos de este tipo por parte de sus colegas (art. 21). Y por último, el abogado habrá de someterse voluntariamente a cualquier proceso disciplinario o de otra índole instaurado por el ICTY con el objetivo de que se impongan las normas del código (art. 22).

C. REGLAS RELATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL

Estas Reglas²⁶ hacen referencia a la unidad de detenciones (*detention unit*), la cual consiste en un módulo perteneciente a un establecimiento penitenciario que las autoridades holandesas han cedido al ICTY en una institución penitenciaria nacional, situada cerca de Den Haag. Se trata de un total de 93 preceptos que se refieren a: principios generales (Reglas 1 a 8²⁷), dirección de la unidad de detenciones (9 a 59), derechos de los detenidos (60 a 88) y el transporte de éstos (89 a 91). La idea esencial de estas Reglas es el respeto de los principios relativos a los derechos humanos y a la dignidad de las personas²⁸.

Así, los *derechos fundamentales* de los detenidos son objeto de una regulación modélica; por ejemplo, el tratamiento igualitario (3), la libertad religiosa y de credo (4, 68 y ss.), el derecho a comunicarse con miembros de la familia u otras personas allegadas (60 y ss.)²⁹, así como con su abogado sin

26 Rules Governing the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal, mayo 5 de 1994, reformado por última vez en noviembre 17 de 1997 (IT/38/REV.7), internet: www.un.org/icty/basic.htm. Ver también Regulations to Govern the Supervision of Visits to and Communications with Detainees, últimamente reformado en noviembre 2 de 1997 (IT/98/Rev. 2); ver internet: www.un.org/icty/basic.htm.

27 Los preceptos que se citan a continuación hacen referencia a tales reglas.

28 Cfr. el Preámbulo: "... to ensure the continued application and protection of the individual rights while in detention [...] overriding requirements of humanity, respect for human dignity and the presumption of innocence".

29 Este derecho podrá ser restringido cuando, a causa de su ejercicio, se tema por la seguridad del distrito de prisiones, o cuando ello influya de forma inadecuada sobre un proceso ya en marcha (66).

ningún tipo de obstáculos y a recibir asistencia técnica de éste (67). Mención especial merece el hecho de que los detenidos necesitados recibirán apoyo económico por parte del ICTY para que se pueda dar cumplimiento a estos derechos (60 y 82, entre otros). Las conversaciones del detenido con su abogado podrán ser observadas, pero nunca escuchadas por el funcionario de prisiones (67). Al detenido se le dará la posibilidad de trabajar, aunque no tendrá que aceptarla obligatoriamente (72 y 73). Además le está permitido costearse por sus propios medios actividades de carácter ocioso, así como proveerse de información a través de la prensa, radio y televisión (74 y ss., 82). Los detenidos tienen un *derecho de reclamación* frente al funcionario de prisiones responsable y también, en caso de no quedar satisfechos con la contestación de éste, frente al Presidente del ICTY (84 y 85). En el marco de la inspección por parte de autoridades independientes, de las condiciones en que se desarrollará la detención (6) los detenidos tendrán también derecho a hablar con los inspectores de forma no controlada por los funcionarios de prisiones (86). También en cuanto al *transporte* de los detenidos se vela por sus derechos al establecer la Regla 89 que deberán ser expuestos lo menos posible a la opinión pública y serán protegidos frente a insultos y ataques. Además, deberán ser transportados en vehículos con suficiente ventilación e iluminación (90).

Las Reglas relativas a la *dirección de la unidad de detenciones* se rigen también por la idea de respetar al detenido como persona (todavía) inocente que es.

En principio, nadie podrá *ingresar* en la institución penitenciaria sin una orden judicial de prisión (9). Los detenidos deberán ser registrados minuciosamente (10), debiendo tratarse sus datos confidencialmente (11). Deberán tener la posibilidad de ponerse en contacto con miembros de su familia, o de la representación diplomática o consular (12). Todos los objetos personales que no puedan retener bajo su posesión serán inventariados detalladamente (14, y también 78 y ss.). Desde su ingreso deberán ser objeto de inspección médica (15); esta asistencia médica deberá prolongarse a lo largo de la detención, llegando a la posibilidad de poder ser ingresados en un hospital civil (29 y ss.). El internamiento de los detenidos se sujetará a los requisitos de dignidad del ser humano y de mayor higiene posible. Como regla general, cada interno deberá tener una celda individual (16) con una cama y sábanas

que deberán cambiarse regularmente (17). Dentro de la institución penitenciaria y de las celdas deberá velarse por el acondicionamiento climático e higiénico, debiendo ser las celdas objeto de limpieza con regularidad y poniéndose a disposición de los internos los artículos de higiene necesarios (18 a 22). Los detenidos se vestirán con sus propias ropas civiles, y aquél que necesite de ropa la recibirá del ICTY (23). La ropa habrá de mantenerse limpia (24). Especialmente generosas parecen las normas relativas a la alimentación, al establecer la Regla 25 que ésta deberá ser preparada y presentada de forma agradable (*suitable prepared and presented*), teniendo en cuenta, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, los modernos descubrimientos de las ciencias de la alimentación, además de la edad, estado de salud, religión y —en la medida de lo posible— las particularidades culturales (!) de los internos. A los detenidos se les deberá dar la posibilidad de practicar deportes (26) y, siempre que sea necesario, también se les dará la posibilidad de tratamiento terapéutico (28). Las *restricciones de los derechos* de los detenidos podrán ser tenidas en cuenta si así lo requieren la seguridad y el orden internos del establecimiento. Así, por ejemplo, la celda de un interno podrá ser registrada, si se sospecha que en ella pueda haber objetos que pongan en peligro la seguridad (36 *bis*); también puede ser vigilada electrónicamente para proteger la salud y seguridad del interno (36 *ter*). Para el mantenimiento de la disciplina, el funcionario de prisiones competente podrá imponer sanciones (38), pero el derecho del detenido a ser escuchado habrá de ser siempre protegido (39). La segregación de un interno sólo podrá ser considerada por motivos de enfermedad (40 y ss.). La prisión incomunicada tendrá lugar a causa de una orden judicial o de una orden del funcionario de prisiones competente, para de esta forma evitarle perjuicios a otros internos o para sancionar al detenido (45). Para ello, previamente habrá de tener lugar un examen médico (46), debiendo tener el interno una asistencia médica continua (47). La duración del aislamiento no deberá generalmente sobrepasar el máximo de siete días; sin embargo, previa aprobación de la oficina judicial y tras un nuevo examen médico, podrá ser ampliado por otros siete días, y así sucesivamente (!) (49). Estas Reglas merecen ser criticadas en un doble sentido: por un lado, y en relación con los requisitos de la prisión incomunicada, necesitan de una concreción, y por otro lado, en relación con su duración, requieren una acotación. Otras medidas restrictivas

de la libertad, como poner esposas al interno, sólo deberán ser aplicadas en supuestos excepcionales, como por ejemplo para evitar evasiones o lesiones corporales (50 y ss.). Los detenidos deberán ser informados sobre el contenido de las Reglas de forma que puedan entenderlas (58); en casos de urgencia tendrá que haber un intérprete (59).

CONCLUSIÓN

El proceso ante el ICTY, por lo que se refiere a su estructura, se guía por el proceso de partes adversatorio angloamericano³⁰. Esta circunstancia se explica por la fuerte influencia que los países del *common law* desempeñaron a la hora de crear el ICTY y por la codificación de sus principios legales fundamentales. Ello también queda claro desde el punto de vista jurídico-material, si se examina la jurisprudencia del ICTY. Esta situación de dominio también se explica por la ventaja del idioma con la que cuentan los juristas provenientes de este entorno jurídico y del dominio de “lo inglés” —incluso frente a “lo francés”— en el marco jurídico-internacional, pero sin embargo, brinda una buena ocasión para la crítica a la actitud de la República Federal de Alemania ante este problema. La ciencia y práctica jurídicas en Alemania hasta el momento se han ocupado demasiado poco del proceso de codificación penal internacional, el cual, desde que finalizó el conflicto entre el Este y el Oeste ha sido objeto de desarrollo. Esto se desprende no sólo del hecho de que en los fundamentos jurídicos expuestos a lo largo de estas páginas no se tenga en cuenta para nada ni el derecho, ni la jurisprudencia, ni la doctrina alemanas, sino también de la práctica jurisprudencial del ICTY y de los actuales esfuerzos codificadores tendentes a la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente. Es verdad que Alemania, en el plano gubernamental, ha tomado parte activa en este proceso de codificación, al menos a intervalos;

30 Para el desarrollo del proceso, Huber. “Landesbericht England und Wales”, en Perron (ed.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, Freiburg, 1995, pp. 23 y ss.; Thaman. “Landesbericht USA”, en *ibid.*, pp. 498 y ss. Para la diferenciación de las estructuras procesales, Perron. “Rechtsvergleichender Querschnitt”, in *ibid.*, pp. 560 y ss.

sin embargo, sigue existiendo en la práctica y en la doctrina poco interés por el tema³¹. Se trata de una situación preocupante, ya que nos hallamos ante un proceso que, aunque a largo plazo, acabará influyendo de forma directa sobre el ordenamiento jurídico alemán, tal y como sucede en la actualidad con el Derecho comunitario.

31 Exceptuándose las publicaciones aisladas y los esfuerzos científicos llevados a cabo por los Institutos Max-Planck de Derecho público e internacional público (Heidelberg), así como el de Derecho penal extranjero e internacional (Freiburg), además del último Congreso de profesores de derecho penal de habla alemana, para la internacionalización del derecho penal (Renzikowski, en *JZ* 1997, pp. 889 y ss.). Estos esfuerzos aislados no han conducido todavía al desarrollo de una postura sólida y convincente en lo que al plano internacional se refiere.

OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA*

Justicia penal y paz. Una mirada al largo camino hacia la conformación del derecho penal internacional contemporáneo

de la expedición del Estatuto de Roma, no debe quedar duda de que con la revolución jurídica operada desde allí la cuestión de circunscribir o no el respeto a las normas de la guerra y los derechos inalienables del ser humano a las contingencias políticas o a las condiciones de reciprocidad pasó a un segundo plano. Las obligaciones de respeto ahora se hacen exigibles penalmente, en la medida en que corresponden a la conciencia jurídica de la humanidad, como valor superior. Bien lo ha expresado el profesor Bassiouni: "la justicia es una parte integral de la paz [...] La Corte Penal Internacional no será una panacea frente a todos los males de la humanidad, ella no eliminará los conflictos, no retornará las víctimas a la vida, no devolverá a los supervivientes al bienestar de sus condiciones anteriores, ni llevará a todos los perpetradores de los crímenes más graves ante la justicia, pero puede ayudar a evitar los conflictos, a prevenir la victimización y a llevar los responsables a un castigo justo. Si se hace así, la Corte Penal Internacional fortalecerá el orden universal y contribuirá a la paz mundial y a su seguridad. La Corte Penal Internacional, al igual que otras instituciones legales nacionales e internacionales, sumará su contribución a la humanización de nuestra civilización"⁶⁶.

Quizá el desarrollo internacional obligue a los actores armados en Colombia a comprender que el derecho se desideologizó para convertirse en protector de unos valores comunes al género humano, y que el camino andado para llegar a este punto representa el trasegar de la razón en contra de la fuerza. De lo contrario, lo único que cabe esperar es que cada parte del conflicto tenga su propia versión del derecho humanitario y lo siga utilizando como arma para descalificar a su opositor. Una vía que sin duda representa el fracaso de lo que democráticamente solicitaron los electores colombianos y de las pretensiones preventivas del derecho penal internacional que nació en Nuremberg y se consolidó en Roma en julio de 1998.

66 Cherif M. Bassiouni. "Preface", en Otto Triffterer (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit.

KAI AMBOS *

Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma

PRESENTACIÓN

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (*Rome Statute*¹), aprobado en Roma en la noche del 17 de julio de 1998, consta de un armónico Preámbulo² y trece Partes (*Parts*) que comprenden en total 128 artículos:

– Parte I: Del Establecimiento de la Corte (*Establishment of the Court*, arts. 1º a 4º);

– Parte II: De la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable (*Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law*, arts. 5º a 21);

– Parte III: De los Principios Generales del Derecho Penal (*General Principles of Criminal Law*, arts. 22 a 33);

– Parte IV: De la Composición y Administración de la Corte (*Composition and Administration of the Court*, arts. 34 a 52);

– Parte V: De la Investigación y el Enjuiciamiento (*Investigation and Prosecution*, arts. 53 a 61);

* Dr. iur. de la Universidad de Munich. Referente científico, encargado de las secciones de derecho penal internacional e Hispanoamérica, en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo de Brisgovia (Alemania). El autor fue miembro de la delegación alemana en Roma. Texto traducido por Miguel Angel Iglesias Río y Lucía Martínez Garay. Revisión por Oscar Julián Guerrero y el autor. El título original es *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts*. (Los traductores han optado por emplear el término "Corte" por ser el de la traducción oficial en el texto auténtico de la versión al castellano, aunque en el ámbito español suele utilizarse el término "Tribunal").

¹ Rome Statute of the International Criminal Court, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on July 17 1998, U.N. Doc. A/Conf. 183/9 (<http://www.un.org/icc>). (Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional) (en todos los idiomas de las Naciones Unidas).

² Por citar sólo el primer párrafo: "Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento..." (subrayado en el original).

- Parte VI: Del Juicio (*The Trial*, arts. 62 a 76);
- Parte VII: De las Penas (*Penalties*, arts. 77 a 80);
- Parte VIII: De la Apelación y la Revisión (*Appeal and Revision*, arts. 81 a 85);
- Parte IX: De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial (*International Cooperation and Judicial Assistance*, arts. 86 a 102);
- Parte X: De la ejecución de la Pena (*Enforcement*, arts. 103 a 111);
- Parte XI: De la Asamblea de Estados Partes (*Assembly of States Parts*, art. 112);
- Parte XII: De la Financiación (*Financing*, arts. 113 a 118);
- Parte XIII: Cláusulas Finales (*Final Clauses*, arts. 119 a 128).

La estructura del Estatuto no sigue criterios lógico-objetivos sino que representa el resultado de un proceso de discusión político-jurídico de muchos años, marcado por la búsqueda de soluciones susceptibles de consenso y de máxima predisposición de compromiso. Se intentó, pero no fue posible, llegar a soluciones maduras en el plano dogmático y jurídicamente libres de contradicción; tan sólo se logró refundir los diferentes intereses político-criminales de las delegaciones de los Estados en una forma aceptable para todos. La arriesgada empresa entre una persecución penal eficiente y una consideración adecuada a los intereses de la soberanía estatal se evidencia precisamente en las partes del Estatuto más significativas desde la perspectiva política; en particular, en las disposiciones sobre la competencia judicial (*jurisdiction*), sobre los delitos y sobre la cooperación con la Corte. De otro lado, también es evidente que las peculiaridades del objeto de las negociaciones —el dominio jurídico-material y procesal del injusto de derecho penal internacional— hacen necesarias soluciones que superen los simples conocimientos de derecho comparado³.

³ De modo análogo, en conexión con las causas materiales de exclusión de la pena en el

A continuación presentaremos una visión de conjunto del Estatuto, pues reservaremos un análisis dogmático más profundo para posteriores contribuciones. Hemos renunciado conscientemente a amplias referencias⁴. Una exposición del Estatuto orientado de acuerdo con criterios lógico-objetivos puede representarse poco más o menos como sigue:

- Organización y financiación de la Corte y cláusulas finales (arts. 1° a 4°, 34 a 52 y 112 a 128);
- Requisitos de competencia y admisibilidad (arts. 11 a 19);
- Fundamentos jurídico-penales: principios generales (arts. 20 a 23) y crímenes (arts. 5° a 10°);
- Fundamentos jurídicos del proceso penal: investigación (arts. 81 a 85); juicio (arts. 62 a 76) y recursos (arts. 81 a 85);
- Cooperación internacional y asistencia judicial (arts. 86 a 102);
- Penas (arts. 77 a 79) y ejecución de la pena.

derecho penal internacional, recientemente: Nill Theobald. "Defences", *bei Kriegsverbrechen etc.*, 1998, p. 9.

⁴ De un modo general baste aquí sólo con indicar las publicaciones más recientes: Sadat Wexler (ed.). "Observations on the consolidated ICC Text before the final Session of the Preparatory Committee", en *Nouvelles Etudes Pénales*, N° 13 bis, 1998; el mismo (ed.), "Model Draft Statute for the ICC based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference etc.", en *Nouvelle Etudes Pénales*, N° 13 ter, 1998; Bassiouni (ed.), *ICC Compilation of UN-Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference*, Roma, 1998; Lattanzi (ed.), *The ICC Comments on the Draft Statute*, Nápoles, 1998; Human Rights Watch. *Justice in the Balance. Recommendations for an Independent and Effective ICC*, New York, 1998; ELSA. *Handbook on the Draft Statute for the ICC*, 2ª ed., Roma, 1998; Zimmermann, en *ZaöRV*, 1998, pp. 47 ss. Para el Estatuto de Roma, cfr. el próximo fascículo especial del *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6 (1998), N° 4, así como Kinkel, en *NJW*, 1998, p. 2650; Caflisch, en *NZZ*, agosto 8 y 9 de 1998.

I. ORGANIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LA CORTE Y CLÁUSULAS FINALES⁵

A. CUESTIONES DE ORGANIZACIÓN: ARTS. 1° A 4° Y 34 A 52

Ya en la primera semana de la Conferencia de Roma se pudo determinar La Haya como sede de la Corte Penal Internacional (CPI) (art. 3°). La Corte se establece como institución permanente con personalidad jurídica internacional (art. 1.4). Su relación con la ONU se regula a través de un Acuerdo especial entre ésta y la Asamblea de los Estados Partes (aprobado en el mismo Estatuto) (art. 2°).

— La Corte se compone de cuatro órganos (arts. 34 ss.):

— La Presidencia (*Presidency*)

— Las Secciones judiciales: Salas de Apelación, de Primera Instancia y Cuestiones Preliminares (*Appeals-, Trial y Pre-Trial Division*).

— La Fiscalía (*Office of the Prosecutor*), y

— La Secretaría (*Registry*).

En total deberán ser elegidos dieciocho Magistrados de carrera para nueve años, en votación secreta, por la Asamblea de los Estados Partes, sobre la base de dos listas de candidatos. No es posible la reelección.

De una lista A deben elegirse en primer lugar nueve Magistrados con reconocida experiencia teórica y práctica en el ámbito jurídico-penal, y de una lista B cinco Magistrados con reconocida experiencia teórica y práctica en el ámbito del derecho internacional. Los candidatos pueden ser propuestos por cada Estado Parte y deberán poseer, al menos, la nacionalidad de una Estado Parte, con lo cual no es posible elegir dos Magistrados de la misma nacionalidad. Deberá asegurarse la representatividad de las regiones y de los

⁵ Cfr. con detalle Jarrasch. *European Journal of Crime, cit.*

sistemas jurídicos más importantes, así como la representación equilibrada de Magistrados mujeres y hombres; así mismo, deberán ser nombrados Magistrados con conocimientos especiales, por ejemplo, violencia contra mujeres y niños. En la primera votación no deben elegirse todos los Magistrados en el mismo acto para nueve años, sino un tercio para tres años, un segundo para seis y sólo el último tercio para nueve años. El primer grupo puede ser reelegido después (arts. 35 y 36).

La Sala de Apelaciones debe componerse del Presidente y cuatro Magistrados, la Sala de Primera Instancia, de no menos de seis Magistrados, y la Sala de Cuestiones Preliminares, en todo caso, de no menos de seis Magistrados. Las Salas de Primera Instancia y de Cuestiones Preliminares deben integrarse en su mayoría por Magistrados con experiencia jurídico-penal (art. 39). La independencia de los Magistrados deberá garantizarse en especial a través de la dedicación exclusiva en la CPI (art. 40). La falta de imparcialidad puede conducir a mociones de recusación que deberán ser dirimidas por los Magistrados por mayoría absoluta (art. 41).

La Fiscalía es un órgano independiente de la Corte. El Fiscal General (*The Prosecutor*) dirige y actúa con total autonomía y es auxiliado además por uno o varios fiscales adjuntos (*Deputy Prosecutors*). El Fiscal y sus fiscales adjuntos son elegidos por mayoría absoluta de la Asamblea de los Estados Partes para un período de nueve años y no son reelegibles. El Fiscal General puede nombrar con independencia a su personal; debe nombrar asesores jurídicos especialistas en determinados temas, como por ejemplo, violencia sexual contra niños (arts. 42 y 44).

La Secretaría es competente para la Administración y Prestación de Servicios de la Corte. El Secretario de carrera será elegido por un período de cinco años y podrá ser reelegido una sola vez. También él puede elegir con independencia a sus colaboradores (arts. 43 y 44).

Una *separación del cargo* de un Magistrado, del Fiscal, de su adjunto, del Secretario o de su adjunto es aplicable por faltas graves o cuando la persona afectada no esté en disposición de cumplir las funciones establecidas en el Estatuto. La decisión concierne a la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios (en caso de un Magistrado) o por mayoría absoluta (en los demás casos) (art. 46). Los grupos de personas mencionadas gozan de los mismos privilegios e inmunidades que los Jefes de misiones diplomáticas,

aun después de la conclusión de los años de servicio, por las declaraciones manifestadas en el marco del desempeño de sus funciones oficiales (art. 48).

Idiomas de trabajo de la Corte son el inglés y el francés; los idiomas oficiales serán el árabe, el chino, el ruso y el español (por tanto, todos los idiomas ONU). Sin embargo, sólo deberán traducirse en todos estos idiomas las decisiones de capital significación (art. 50).

La CPI—al igual que los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda—mantendrá como fundamento jurídico adicional las Reglas de Procedimiento y Prueba (*Rules of Procedure and Evidence*)⁶. Pero estas no serán promulgadas por los propios Magistrados sino que deberán ser desarrolladas por una Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission*) que se convocará a finales de 1998 o a principios de 1999, y aprobadas o, en su caso, modificadas por la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios (art. 51).

Estas reglas pueden modificarse a propuesta de un Estado Parte, de la mayoría absoluta de Magistrados o del Fiscal General por mayoría de dos tercios (art. 51). La diferencia esencial con relación a los tribunales *ad hoc* radica no sólo en que el Estatuto de Roma regula el procedimiento con más detalle que los Estatutos *ad hoc*, sino también en que únicamente los Estados Partes pueden promulgar las reglas procesales, no los Magistrados (como ocurre en los tribunales *ad hoc*). Estos pueden promulgar disposiciones (*regulations*) que afecten exclusivamente al modo de funcionamiento de la CPI (art. 52).

La Asamblea de los Estados Partes (*Assembly of States Parties*, art. 112) se compone de los Estados Partes y únicamente de los Estados observadores que hayan firmado el Estatuto o el Acta Final (*Final Act*). Cada Estado tiene un voto. Un Estado que durante dos años se encuentre en mora en el pago y no pueda invocar causas de fuerza mayor pierde su derecho de voto. La Asamblea debe reunirse, de ordinario, cada año y también, excepcionalmente, por motivos especiales. Las decisiones deben adoptarse, en principio, por consenso⁸.

6 Para las Reglas del Tribunal de Yugoslavia, cfr. Ambos, en *NJW*, 1998, p. 1444.

7 Resolution on the Establishment of the Preparatory Commission for the International Criminal Court (A/Conf. 183/C.1/L.76/Add.14, p. 9).

8 Si esto no fuera posible, en caso de decisiones sobre cuestiones de fondo (*matters of*

B. FINANCIACIÓN Y CLÁUSULAS FINALES (ARTS. 113 A 128)

La Corte se *financia* de las cuotas de los Estados Partes y de la ONU (en especial en los procesos que lleguen a la Corte con base en una remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) así como de contribuciones adicionales voluntarias de Gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras instituciones (arts. 115 ss.).

Las *controversias* relativas a sus funciones judiciales deben ser dirimidas por la propia CPI. Las controversias entre dos o más Estados Partes sobre la interpretación o aplicación del Estatuto que no puedan ser resueltas mediante negociaciones en la Asamblea de los Estados Partes deberán someterse a la Corte Internacional de Justicia (art. 119).

No podrán admitirse *reservas* al Estatuto (art. 120). Las *enmiendas de naturaleza material* serán factibles siete años después de la entrada en vigor del Estatuto (art. 121). Deberán someterse a trámite de admisión, en primer lugar, a través de la Asamblea de Estados Partes por mayoría simple. Después, la enmienda propiamente dicha deberá ser admitida por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de los Estados Partes o por una Conferencia convocada al efecto (*Review Conference*)⁹.

Una enmienda entrará en vigor después de la ratificación o adhesión de siete octavos de los Estados Partes. En el caso de que un Estado Parte no acepte la enmienda podrá denunciar el Convenio. Una regulación especial rige para los crímenes del artículo 5º (para ello, *infra* III.B): las enmiendas entrarán en vigor, pues, sólo para aquellos Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de su instrumento de ratificación o aceptación (art. 121).

Las *enmiendas de naturaleza institucional*, por ejemplo las que afectan a la organización y composición de la Corte, podrán ser propuestas en cualquier

substance) es necesaria mayoría de dos tercios—con presencia de la mayoría absoluta de los Estados Partes—y, en caso de decisiones sobre procedimiento (*matters of procedure*), una mayoría simple.

9 Esta debe ser convocada por el Secretario General de la ONU—quasi de oficio—siete años después de la entrada en vigor del Estatuto. Deberá ocuparse en especial de los crímenes del artículo 5º (art. 123).

momento y aceptadas por una mayoría de dos tercios de Estados Partes. Entrarán en vigor seis meses después de su aprobación por la Asamblea de los Estados Partes o por una posible Conferencia (*Review*) (art. 122).

El Estatuto *entrará en vigor* el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión (art. 126). Con relación a los Estados que ratifiquen el Estatuto después de su entrada en vigor, entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito de sus correspondientes instrumentos (art. 126). No exonerará en absoluto al Estado una renuncia de carácter general del Estatuto; en particular, permanecerá intacto su deber de cooperación en relación con los procedimientos penales ya iniciados (art. 127).

II. REQUISITOS DE COMPETENCIA Y DE ADMISIBILIDAD¹⁰

A. REQUISITOS DE COMPETENCIA (ARTS. 11 A 16)

Con respecto a la—sumamente controvertida—competencia formal (*jurisdiction*) de la Corte estaban enfrentadas dos posiciones extremas.

Los *Estados partidarios de la Corte* (*like-mind States*), en concreto también Alemania, con base en principios jurídicos universales defendían la opinión de que—en primer lugar—un Estado que pase a ser parte con la adhesión al Convenio deberá someterse a la jurisdicción automáticamente (*automatic jurisdiction*) y—en segundo lugar—la Corte debería poseer competencia universal.

Por el contrario, los *Estados escépticos a la Corte*, en particular Estados Unidos, defendían la opinión de que debería distinguirse entre los delitos de genocidio y crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra. Sin duda, en caso de *genocidio* podría aceptarse la jurisdicción automática, pero con relación al segundo nivel necesitaría, sin embargo, de determinados puntos de contacto para fundamentar la competencia. Según la denominada Propuesta de Corea la Corte debería ser competente cuando el Estado del lugar del hecho, del autor, de la víctima o de la custodia sea Estado Parte o haya aceptado (*ad*

¹⁰ Cfr., con detalle, Bergsmo, en *European Journal of Crime*, cit.; Kaul, *ibid.* (para la competencia).

hoc) la competencia en un asunto concreto. Con relación a los *crímenes de guerra* y *crímenes contra la humanidad* se defendió, sin embargo, una opinión considerablemente más restrictiva: ya con relación al primer nivel de competencia debería existir un mecanismo *opt-in*, de modo que un Estado Parte debería someterse a la jurisdicción a través de una declaración expresa. Como punto de partida se ha aceptado—con relación al segundo nivel—en el caso más extremo únicamente el Estado del autor¹¹.

En la discusión de estas propuestas en el Pleno de la Comisión de la Conferencia se rechazó una distinción entre genocidio y los otros crímenes, por confusa y arbitraria. Además, una clara mayoría de Estados se pronunció—con respecto del primer nivel—en favor de una *automatic jurisdiction*, mientras que en atención a los puntos de contacto—con respecto al segundo nivel—se favoreció la Propuesta de Corea (como compromiso más próximo a la propuesta alemana de una jurisdicción universal)¹². La solución que se presentó y al final también se aceptó el último día de la Conferencia prevé ahora un modelo de competencia de tres niveles (art. 12):

En el primer nivel, un Estado que pasa a ser Parte acepta automáticamente la jurisdicción (art. 12 párr. 1); en caso de crímenes de guerra, un Estado Parte podrá, no obstante, emitir una declaración, según la cual durante un período de siete años después de la entrada en vigor del Estatuto no acepta la competencia de la Corte (denominada *opt-out*)¹³. Tal declaración puede retirarse en cualquier momento (art. 124)¹⁴.

En el *segundo* nivel se reconocen como alternativas los puntos de contacto del Estado del lugar del hecho (Estado territorial) o del autor. Se otorga compe-

¹¹ Cfr., para estas propuestas, sobre todo el artículo 7,7 bis y 7 ter de los dos últimos Proyectos del Despacho de la Conferencia de julio 6 de 1998 (A/Conf. 183/C.1/L.53) y de julio 10 de 1998 (A/Conf. 183/C.1/L.59). Cfr. también Zimmermann, en *ZaöRV*, 1998, pp. 84 ss., así como Kaul, en *European Journal of Crime*, cit.

¹² Según información del Diario de la Conferencia (*Monitor*, N° 2, de julio 10 de 1998), el 79% de los Estados estaban a favor de la Propuesta de Corea.

¹³ Este precepto fue decisivo para la adhesión al Estatuto por parte de Francia. En oposición a ello con el *opt-in*, en principio, se parte de un no sometimiento a la jurisdicción y de que el Estado deba manifestar en forma expresa su sometimiento.

¹⁴ El precepto, en especial el plazo de siete años, deberá ser revisado en la citada *Review*.

tencia, pues, cuando el Estado del lugar del hecho o de la acción es Estado Parte —con lo que no es precisa, entonces, ninguna declaración especial de consentimiento— o acepta la competencia en un caso concreto (art. 12 párr. 2).

En un tercer nivel, un Estado que no es Estado Parte, pero que es el Estado del lugar del hecho o del autor, puede aceptar la competencia *ad hoc* en un caso concreto (art. 12 párr. 3).

Estos requisitos de competencia se aplican, sin embargo, sólo en aquellas situaciones en las que un caso es remitido por un Estado Parte a la Corte o cuando el Fiscal investiga *motu proprio* (art. 13 párr. a y c). En caso de una remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU con arreglo al Capítulo VII de la Carta de la ONU, la competencia de la Corte se otorga *sin más* (art. 13 párr. b). Además, el artículo 11 dispone que la competencia de la Corte se extiende sólo a los delitos que hayan sido cometidos *después* de la entrada en vigor del Estatuto para los Estados Partes o para un determinado Estado (*jurisdiction ratione temporis*).

Como ya se indicó, un procedimiento ante la Corte puede iniciarse por el Consejo de Seguridad de la ONU, por un Estado Parte o por investigaciones autónomas del Fiscal (art. 13, denominado *trigger mechanism*).

El Consejo de Seguridad, de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede remitir a la Corte las situaciones que caen en la categoría de las amenazas contra la paz, en relación con las cuales se hayan cometido delitos en el sentido del Estatuto (art. 13.b). Dado que esta competencia resulta directamente de la Carta de la ONU, no rigen —prescindiendo de la complementariedad (art. 17; para ello *infra*)— ulteriores requisitos de competencia o de admisibilidad. Del Capítulo VII resulta también la autorización del Consejo de Seguridad de solicitar a la Corte que no inicie un procedimiento de investigación o de suspenderlo por un período de hasta doce meses (aunque prorrogable) (art. 16). Esta posibilidad presenta una importante restricción a la independencia de la Corte, pero podría mitigarse un poco en sus repercusiones prácticas puesto que necesita de un acuerdo del Consejo de Seguridad tomado por mayoría —con unanimidad de los miembros permanentes— (art. 27.III Carta de la ONU).

Un Estado Parte puede solicitar en todo momento al Fiscal que investigue una determinada situación. A la solicitud deberán adjuntarse pruebas suficientes (art. 13.a, en relación con el art. 14). Rigen los requisitos generales de competencia y de admisibilidad (arts. 11, 12, 17 y 19).

El Fiscal podrá recabar diligencias informativas de los Estados con base en informaciones de cualquier fuente fiable, también de otras organizaciones internacionales y de organizaciones no gubernamentales (art. 13.c, en relación con el art. 15). Si es de la opinión de que existe fundamento razonable (*reasonable basis*) para abrir una investigación, ha de solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares (*Pre-Trial Chamber*) una autorización para la prosecución del procedimiento. En tal caso, las víctimas del hecho también podrán presentar sus observaciones. Sólo si la Sala de Cuestiones Preliminares considera que hay fundamento suficiente el Fiscal podrá comenzar con las verdaderas investigaciones. Esta decisión judicial no afecta a las posteriores decisiones sobre la admisibilidad y competencia. Si, según la opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares, faltara un fundamento suficiente, el Fiscal tan solo podrá presentar una nueva solicitud con base en hechos o pruebas nuevos. Si el Fiscal constata ya antes de la remisión a la Sala de Cuestiones Preliminares que las informaciones no son suficientes, deberá informar a las partes interesadas. Esto tampoco excluye ulteriores investigaciones con base en nuevos hechos o pruebas. Con esta propuesta (argentino-alemana) se ha impuesto la posición de los Estados partidarios a la Corte en favor de un Fiscal independiente que actúa de oficio. De este modo se podría impedir un control político del Fiscal, tal como lo deseaba poco más o menos Estados Unidos. No obstante, queda por determinar desde la perspectiva de derecho comparado que, así, el Fiscal estará sometido de entrada a un control muy anticipado —más anticipado de lo que es usual en el derecho procesal nacional—¹⁵.

B. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD (ARTS. 17 A 19)

El artículo 17 define el principio central, comprendido ya en el Preámbulo y en el artículo 1º, de *complementariedad*: la Corte sólo podrá actuar cuando la

15 Normalmente el control de la actividad de la Fiscalía —si se prescinde de las medidas coercitivas— se efectúa no antes del fin de las investigaciones, por ejemplo, a través de la *Chambre d'Accusation* francesa, el *Grand Jury* norteamericano o el *Zwischenverfahren* alemán (cfr. Ambos, "The Review", en *International Commission of Jurists*, N° 58/59, 1997, pp. 45 ss. (50 ss.), con ulteriores referencias).

jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. En principio, no se permitirá un procedimiento ante la CPI cuando se esté tramitando un procedimiento nacional o el asunto en cuestión no sea lo suficientemente grave como para justificar una intervención de la Corte.

Resulta problemático cuándo se puede partir de que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz. Debe admitirse una *falta de voluntad* de persecución penal cuando un determinado Estado incorpora un procedimiento sólo aparente, para sustraer a la persona interesada de la persecución penal; cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal; o cuando el proceso no se sustancie de manera independiente o imparcial. La jurisdicción nacional será *incapaz* para la persecución penal cuando, con base en su colapso total o esencial, no consigue hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios. El principio de complementariedad marca así la diferencia esencial entre la Corte Penal Internacional y los tribunales *ad hoc*: mientras que estos reclaman una competencia preferente para los hechos cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda, aquella puede llegar a intervenir sólo de manera complementaria respecto de la jurisdicción nacional. Esto debía desvirtuar incluso las consideraciones de los Estados con especial conciencia de soberanía pues en últimas depende de ellos —concretamente: de la eficiente persecución penal de sus tribunales nacionales— el hecho de si la Corte puede intervenir en un caso que le concierne.

La complementariedad se sitúa en el punto central tanto del artículo 18, que afecta a los dictámenes prejudiciales de admisibilidad (*preliminary rulings regarding admissibility*), como del artículo 19, que regula las impugnaciones de competencia y admisibilidad (*challenges to the jurisdiction or the admissibility*). El artículo 19 abarca también las cuestiones de admisibilidad reguladas en el artículo 18, por lo que los Estados proclives a la Corte siempre consideraron superfluo el artículo 18. El doble examen de admisibilidad ahora existente en los artículos 18 y 19 entraña el peligro de una dilación o incluso de un bloqueo del procedimiento en un momento procesal muy anticipado. Frente a este peligro reacciona un precepto de preclusión adoptado a instancias de los Estados partidarios de la Corte (art. 18 párr. 7). De acuerdo con ello, podrá practicarse una nueva impugnación de la admisibilidad del mismo Estado en

el marco del artículo 19 sólo con base en hechos adicionales significativos o en un cambio esencial de las circunstancias. Aunque la palabra clave “sólo” no está contenida en este precepto, sin embargo, debe ser incluida en su espíritu para que pueda cumplir así su fin —evitar una dilación procesal—. En las negociaciones esta restricción explícita se postuló también por los Estados simpatizantes de la Corte —como signo de su predisposición a transigir— pero fue rechazada, sin embargo, por Estados Unidos. El empeño por restringir todo lo posible las oportunidades de impugnación procesal en el procedimiento preliminar se muestra también en el artículo 19 párrafo 4, según el cual la admisibilidad puede impugnarse *una sola vez* por una persona o por un Estado.

Conforme al procedimiento del artículo 18, el Fiscal —en el caso de una remisión de un Estado (art. 13.a, en relación con el art. 14) o de investigaciones de oficio (art. 13.c, en relación con el 15)— deberá informar (de manera confidencial o restringida), en primer lugar, a todos los Estados contratantes y, normalmente, a los Estados competentes. En ese caso, el Estado afectado podrá hacer investigaciones en el plazo de un mes y solicitar del Fiscal la remisión del caso a su competencia aun cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no hubiera autorizado tales investigaciones. Una remisión al ámbito de competencia estatal podrá revisarse después de seis meses o, en todo caso, también después por el Fiscal de la CPI, cuando las circunstancias indiquen que el Estado no tiene intención o no está en disposición de llevar a cabo el proceso. El Fiscal podrá incluso solicitar del Estado que le informe de la marcha de las investigaciones. En caso de que esté pendiente el conflicto de competencia ante la Sala de Cuestiones Preliminares o ante la Sala de Apelaciones en procesos de revisión, el Fiscal podrá requerir a la Sala de Cuestiones Preliminares el secreto de las medidas de investigación más importantes para el aseguramiento de la prueba cuando exista una única posibilidad de sustentar las pruebas o grave riesgo de perderlas.

En el marco del artículo 19 la Corte ha de examinar *de oficio* su competencia y admisibilidad. Junto a ello, el procesado, una persona buscada con orden de detención o un Estado (que es competente o cuya conformidad *ad hoc* es necesaria) están autorizados para hacer valer las impugnaciones de competencia y admisibilidad. Tal impugnación deberá presentarse, en principio, antes de la iniciación del juicio. Antes de la ratificación de los cargos inculpatórios es competente para ello la Sala de Cuestiones Preliminares; después de la

ratificación, la Sala de Primera Instancia. La instancia de los recursos será en ambos casos la Sala de Apelaciones. El Fiscal al llevar un conflicto ante los Tribunales podrá—igual que en el artículo 18— solicitar a la Corte la autorización de adoptar las medidas de investigación necesarias para el aseguramiento de la prueba. El procedimiento de impugnación no afecta a la eficacia de las medidas de investigación de la Fiscalía ni a las órdenes judiciales tomadas antes de la impugnación. Si la Corte declara inadmisibile un asunto conforme al artículo 17 (complementariedad), el Fiscal podrá solicitar una revisión ante la existencia de nuevos hechos. Con la remisión de un proceso a un determinado Estado, el Fiscal—igual que en el artículo 18— podrá exigir estar al corriente con regularidad sobre la marcha del proceso; en caso contrario ha de informar por su parte al Estado interesado sobre la situación del proceso.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PENALES¹⁶:

PRINCIPIOS GENERALES Y TIPOS DE DELITOS

A. PRINCIPIOS GENERALES (ARTS. 20 A 33)

La expresión “principios generales” (*general principles*) en la Parte Tercera del Estatuto induce a error, pues esta Parte no sólo contiene principios generales en sentido propio (véase, al respecto, 1), sino también reglas de imputación, es decir, disposiciones para la responsabilidad jurídico penal personal (2) y causas de exclusión de la pena (3). Además, determinadas disposiciones sobre las que no podía alcanzarse acuerdo alguno—debido a fin de cuentas a la gran premura de tiempo durante la Conferencia— han sido suprimidas (por ejemplo, un precepto para la acción y para la omisión)¹⁷.

¹⁶ Cfr. con detalle Ambos en *Criminal Law Forum*, N° 9, 1998; Sunga, en *European Journal of Crime*, cit.

¹⁷ Cfr. art. 28 del Draft Statute for the International Criminal Court, U. N. Doc. A/Conf. 183/2/Add. 1, abril 14 de 1998 (en Bassiouni, *ICC Compilation*, cit., arts. 7°-128). Cfr. Schabas, en *European Journal of Crime*, cit.

1. PRINCIPIOS GENERALES EN SENTIDO PROPIO (ARTS. 20 A 24)

A ellos pertenecen no sólo el principio *nullum crimen y nulla poena* (arts. 22 a 24), sino también las disposiciones del *non bis in idem* (art. 20) y del derecho aplicable (art. 21).

El artículo 21 prevé una *jerarquía del derecho aplicable*: en primer lugar, deben aplicarse el Estatuto, los elementos del delito (aún por definir) (art. 9°; para ello *infra*) y las reglas de procedimiento. En segundo lugar, rigen los tratados aplicables y los principios y normas de derecho internacional. Si de estas fuentes del derecho no se desprendiese una solución, podrá recurrirse a los principios generales del derecho nacional si estos principios son compatibles con el Estatuto y el derecho internacional. La Corte podrá también apoyarse expresamente en decisiones anteriores. La aplicación del derecho no deberá determinarse por criterios nacionales, racistas, políticos o de otra índole no objetiva.

Un procesado puede invocar el principio *non bis in idem* cuando ya haya sido condenado o absuelto o también cuando un procedimiento está pendiente ante otro tribunal. Pero en estos casos rige la restricción derivada del principio de complementariedad de que este procedimiento no puede ser un procedimiento aparente para la protección del sospechoso o de modo no independiente o parcial (art. 20).

El principio *nullum crimen* se regula en forma expresa en cada una de sus cuatro acuñaciones (arts. 22 a 24): una persona sólo puede ser castigada por hechos que sean punibles en el momento del hecho según el Estatuto (*lex scripta*), que hubieran sido cometidos después de su entrada en vigor (*lex praevia*)¹⁸, que estén formulados en forma suficientemente precisa (*lex certa*) y que no hayan sido ampliados mediante analogía (*lex stricta*). En caso de duda deberá optarse siempre por la interpretación más favorable para el inculpado. En caso de modificaciones del derecho antes de que se dicte sentencia debe aplicarse la ley más beneficiosa para el acusado.

¹⁸ En este contexto ha de remitirse al ya mencionado artículo 11, según el cual la Corte es competente sólo para crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto.

El artículo 23 establece finalmente el *principio nulla poena* para impedir que se recurra a penas no fijadas en el Estatuto (para las penas, VI.1).

2. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL (ARTS. 25, 28 Y 30)¹⁹

La CPI tiene jurisdicción sobre personas naturales. Se reconoce el principio de responsabilidad penal individual (art. 25 párr. 1.2).

La *responsabilidad penal de personas jurídicas* fue finalmente rechazada —a pesar de la limitación a los órganos de dirección de empresas privadas²⁰— por las razones siguientes: su reconocimiento se hubiera apartado de la responsabilidad individual del autor, así como hubiera puesto, y en consecuencia exigido demasiado, a la Corte frente a problemas de prueba insalvables; por lo demás, la responsabilidad de las personas jurídicas ni se reconoce universalmente ni existen reglas de imputación consensuadas²¹.

Como *formas de autoría* se reconocen la autoría individual, la coautoría (*jointly with another*) y la autoría mediata (*through another person*); no obstante, en los dos últimos supuestos la punibilidad de cualquier otro implicado carecerá de importancia (art. 25 párr. 3.a). Como *formas de participación* se prevén el ordenar, proponer o inducir a otro a un hecho consumado o intentado y el auxilio a un hecho consumado e intentado con el propósito de facilitar su comisión (*for the purpose of facilitating the commission*) (art. 25 párr. 3.b, c). Más adelante se somete a pena cualquier otra contribución al hecho para la comisión o tentativa de comisión de un delito por un grupo de personas que actúa con base en una finalidad común (art. 25 párr. 3.d).

Tal contribución al hecho deberá realizarse de manera intencional y con el objetivo de facilitar la actividad criminal o el fin criminal del grupo o con conocimiento de la intención criminal del grupo. Este precepto es una

¹⁹ Cfr. para ello, desde la perspectiva jurisprudencial, Ambos. "Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law", en MacDonald y Swaak-Goldmann (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law - The experience of International and National Courts*, 1998.

²⁰ Cfr. la última propuesta de compromiso de Francia: U. N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPP/L.5, julio 3 de 1998.

²¹ Cfr. recientemente Eser, Huber y Cornils (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, etc.*, 1998.

propuesta de compromiso relativa a un Convenio sobre Terrorismo²² recientemente aprobado, en conflicto con el originario precepto de *conspiracy*²³ no susceptible de consenso. Por eso, el conflicto de la tutela del derecho penal en torno a la aún lícita fase de preparación en caso de crímenes internacionales se resuelve en favor de un principio restrictivo que permite como límite mínimo de punibilidad la participación en la tentativa. Aunque esto es merecedor de aplauso, ahora se cuestiona, sin embargo, si cualquier otra contribución al hecho para delitos en grupo podrá delimitarse en esta dirección de la simple complicidad en el sentido del artículo 25 párr. 3.c.

Con relación al *genocidio* se adoptó el tenor literal de la Convención correspondiente (art. III.c)²⁴ y se sometió a pena la inducción directa y pública a la comisión del hecho (art. 25 párr. 3.e). También a este precepto precedieron largas discusiones en las que al final se impusieron quienes querían conceder una posición privilegiada a la participación en el genocidio.

Por último, se somete también a pena la *tentativa* (art. 25 párr. 3.f), a cuyo efecto se asemeja a una definición a modo casi de tratado doctrinal en cuanto al inicio de la tentativa (*taking action that commences its execution by means of a substantial step*) y se reconoce el desistimiento como causa de exención de la pena (con el abandono definitivo y voluntario del propósito criminal del hecho).

En relación con los superiores militares y civiles el artículo 28 intenta codificar las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de la *command responsibility*. El precepto distingue en dos párrafos entre jefes militares o personas que actúan *de facto* como jefes militares, y otros (normalmente civiles) superiores. Supera así la actual dogmática de la *command responsibility*²⁵.

²² Cfr. artículo 2.3.c de la International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, aprobado en New York en enero 9 de 1998, en *International Legal Materials*, 1998, p. 249.

²³ Art. 23.7.e, en especial ii) Draft Statute; *supra*, nota 17.

²⁴ BGBl. 1954, II, p. 730. Cfr. para ello, Lemkin, en *American Journal of International Law*, 1947, pp. 14 ss.; Kunz, en *AJIL*, 1949, pp. 738 ss., 742 ss.; Jescheck, en *ZStW*, 1954, pp. 193 ss., 203 ss., con ulteriores referencias; cfr. también Ambos, en *NSStZ*, 1998, pp. 138 ss., con ulteriores referencias.

²⁵ En efecto, el Tribunal de Yugoslavia ha ampliado ya esta dogmática en las Decisiones,

Al comandante militar (de hecho) se le imputan los crímenes de grupos que estén bajo su control efectivo que se hayan cometido como consecuencia de la falta de desempeño de este control, cuando o sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometían tales delitos y omitió emprender cualesquiera de las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión, impedirla o someter la cuestión a la investigación de los cargos competentes. Con ello, de un lado, se intenta incluir no sólo a los jefes militares de las fuerzas militares oficiales, sino también a los jefes de hecho de grupos militares, en especial, de paramilitares. De otro, se introduce, en sentido subjetivo, una medida de imprudencia, en tanto que ya la posibilidad de conocimiento o el simple deber conocer (*should have known*) de los crímenes de los subordinados redunda en reproche para el jefe militar.

La responsabilidad de *cualesquiera otros superiores (civiles)* se diferencia de ello en una doble perspectiva. De una parte, desde el plano subjetivo, se exige una especie de imprudencia *consciente* en el sentido del criterio tradicional (*wilfully blind*)²⁶; por tanto, más que la simple imprudencia. Desde la perspectiva objetiva se destaca (una vez más) en forma expresa, como una de las condiciones de punibilidad acumulativamente necesarias, que las actividades criminales de los subordinados caigan en el ámbito de control y de responsabilidad efectiva del superior.

Regla 61 sobre los comandantes *de facto*; cfr., por ejemplo, ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Radovan Karadzic/Ratko Mladic. Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Cases IT-95-5-R 61/IT-95-18-R 61, julio 11 de 1996, parágrafo 42, 65-85; ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Dragan Nikolic a/k/a "Jenki". Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Case IT-94-2-R 61, octubre 20 de 1995.

26 Artículo 28.20.a: "... consciously disregarded information which clearly indicated, that he subordinates were committing or about to commit such crimes...". Con ello se piensa en una situación en la que el autor ha omitido *conscientemente* todas las medidas para llegar al conocimiento de la existencia de las condiciones fácticas de un delito. Se plantea la cuestión de si la imprudencia consciente ha de corresponder al sentido de *recklessness* o al conocimiento positivo en el sentido de *knowledge*. Según el § 2.02(7)US-Model Penal Code (MPC, American Law Institute, 1985) existe un conocimiento positivo cuando el acusado mismo es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un determinado hecho y no cree realmente que exista. De la alta probabilidad de la existencia de un determinado hecho se deduce el conocimiento de su existencia.

El artículo 30 establece las *condiciones subjetivas del tipo*. Los crímenes establecidos en el Estatuto deben ser cometidos con intención (*intent*) y conocimiento (*knowledge*). Según ello, para la determinación de la *intención* se distingue si debe referirse al comportamiento incriminado o a la consecuencia provocada. En el primer caso, la persona en cuestión debe querer el comportamiento (*means to engage in the conduct*). En el último caso, debe querer causar el resultado o ser consciente de que se producirá según un curso normal de los acontecimientos. De modo análogo, por *saber* o *conocimiento* se entenderá la conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá el resultado según un curso normal de los acontecimientos. Por eso, no serán consideradas las formas dolosas más leves de *dolus eventualis* o de *recklessness*²⁷ sobre las que se asienta el saber y el querer. Esto debe aclararse ante todo por el hecho de que no se podrá comprender ambas formas de dolo en un concepto unitario cerrado. Por otra parte, existía sin embargo también la percepción —desconociendo el sentido de una Parte General— de que no se necesita de estas formas de dolo pues no se hace mención a ellas en los tipos de delitos.

3. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL (ARTS. 26, 27, 29 Y 31 A 33)²⁸

Con respecto a ello ha de aludirse a la original solución referida con respecto a la *edad de la capacidad de culpabilidad*. Dado que no se pudo unificar en una edad —los Estados árabes defendían, por ejemplo, la opinión de que sean imputables a partir de 13 años— el artículo 26 prescribe sencillamente que la Corte no posee jurisdicción sobre personas que en el momento del hecho eran menores de 18 años. Igual de clara es también la solución con respecto a una posible *prescripción*: los crímenes que recaen en la competencia de la Corte

27 Por *recklessness* se entenderá un grado más elevado de imprudencia, en el sentido de imprudencia consciente; cfr. § 2.02(2)(c) MPC (*supra*, nota 26); Lafave y Scott, en *Criminal Law*, I, 1986, § 3.7 pp. 325 ss.; Fletcher, en *Criminal Law*, 1978, § 6.5.2, pp. 442 ss.; también Weigend, en *ZStW*, 93, 1981, pp. 657 y 673 ss.

28 Sobre ello recientemente, de forma comprensiva, Nill Theobald, "Defences", *cit.*, *passim*.

no están sujetos a prescripción (art. 29). Por último, se exceptúa también la consideración a la exención o atenuación de la pena de un determinado *cargo oficial*, en especial, como Jefe de Estado o de Gobierno, o de las *normas de inmunidad* o normas de procedimiento especiales (art. 27).

En las restantes disposiciones se regulan las clásicas causas de justificación y de exculpación, para lo cual tan solo se consagran disposiciones específicas al *error* (art. 32) y al *actuar por orden* (art. 33). El artículo 31 incluye otras "causas de exclusión de la pena" (*grounds for excluding criminal responsibility*), aunque, sin embargo, como ya se deduce de las primeras palabras (*In addition to other grounds...*), no es concluyente. Por lo demás, el artículo 31, párrafo 3 remite a la disposición sobre el derecho aplicable (art. 21), de tal modo que se atribuye a la Corte un considerable margen de maniobra para invocar otras *defences*, en especial, bajo la consideración a principios generales del derecho.

El artículo 31 excluye, en primer lugar, la responsabilidad jurídico-penal de la persona que padece una *enfermedad mental* o una *deficiencia* que anula su capacidad para la comprensión del injusto o para el control de su comportamiento conforme a las exigencias legales (art. 31 párr. 1.a). La misma consecuencia jurídica rige para la *embriaguez* cuando no existan las condiciones de una *actio libera in causa* dolosa o imprudente (art. 31 párr. 1.b: *unless the person has become voluntary intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime...*).

En el caso de *legítima defensa* (*self-defence*, art. 31 párr. 1.c) se reconocieron como bienes jurídicos defendibles no sólo la integridad física y la vida del agredido o de un tercero, sino también —en el caso de crímenes de guerra— la propiedad necesaria esencial para la supervivencia de personas o para la realización de una misión militar. Esta muy detallada y restrictiva formulación deja claro que el reconocimiento de este bien jurídico fue muy discutido; al final se incorporó en especial a instancias especialmente de Estados Unidos. La agresión debe presentar un empleo de violencia directa y antijurídica; la acción de defensa debe ser proporcional con relación al grado de peligro. El hecho de que el defensor hubiera participado en una operación militar defensiva no bastará por sí sólo para invocar una causa de legítima defensa.

En contra de la jurisprudencia del Tribunal de Yugoslavia en el caso *Erdemovic*²⁹ se reconoce también el *estado de necesidad coactivo* (*duress*, art. 31

párr. 1.d)²⁹. De este modo se diferencia entre amenazas por otras personas o con base en cualesquiera otras circunstancias que consisten en una violencia superior. Las condiciones para una exclusión de la pena son en ambos casos iguales: el necesitado debe estar ante una amenaza de muerte inminente (situación de estado de necesidad) y actuar necesaria y razonablemente para rechazar la amenaza sin querer causar con ello un daño mayor (acción de estado de necesidad).

En el caso de *error* se distingue entre un error de hecho (*mistake of fact*) y un error de derecho (*mistake of law*) (art. 32). En ambos supuestos, la cuestión es si el error hace desaparecer el elemento subjetivo (*mental element*); por tanto, el dolo del tipo (*knowledge e intent*, según el art. 30). Esto corresponde al principio del *common law* de que un error de hecho es relevante y un error de Derecho es irrelevante, pues con aquél normalmente desaparece el dolo, pero con éste no³⁰.

Si se examinan las regulaciones del error con ayuda de las categorías alemanas se llega a soluciones convincentes sólo en caso de *error de tipo normal* (*mistake of fact*, relevante) y con el *error de prohibición directo* (*mistake of law*, irrelevante): mata un soldado a un civil pero cree que se trataba de un soldado enemigo (*mistake of fact*), le faltará el dolo con respecto al elemento del tipo —civil— del crimen de guerra en cuestión; por tanto, el error de tipo suprime el dolo. Si el soldado hubiera alegado no haber sido consciente de que la muerte de civiles era punible (*mistake of law*) habría intervenido la regla *ignorantia non nocet*, pues este error deja intacto su dolo porque él mató a los civiles en forma consciente y voluntaria.

²⁹ ICY-Appeals Chamber, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Judgment, Case IT-96-22-A, octubre 7 de 1997, parágrafo 19 y disposición 4. Cfr. especialmente, *en contra* de la *duress*, la fundamentación de McDonald y Vohrah, párrs. 59 ss. (66 ss., 72, 75, 78 y 88). Más convincente *en favor* de la *duress*, sin embargo, Cassese, párrs. 11 ss. (12, 16-7, 21 ss., 41 ss., y 49 ss.). Cfr. también Swaak-Goldmann, en *AJIL*, N° 92, 1998, p. 282; Ambos y Ruegenberg, en *NSIZ-RR*, 1998, pp. 161, 167 ss.

³⁰ Cfr. Lafave y Scott, en *Substantive Criminal Law*, I, 1986, § 5.1 (pp. 575 ss.); Smith y Hogan, en *Criminal Law*, 8ª ed., 1996, pp. 83 ss.; cfr. también Watzeck, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, etc., 1997, pp. 275 ss.

Problemático se hace el caso de una *valoración jurídica defectuosa* que afecta a un principio de permisión: si el autor actúa con la creencia de poder cometer incluso crímenes contra la humanidad para la protección de la propiedad (*mistake of law*, en forma de un *error de permisión* o bien *error de prohibición indirecto*), podría faltar el dolo pues él sólo quería realizar un hecho permitido —por el derecho de autodefensa—, no uno prohibido. De forma análoga queda el caso cuando un soldado comete un crimen de guerra a causa de una agresión putativa contra su vida (*error de tipo de permisión*). Aquí, se puede admitir incluso un *mistake of fact*³¹.

Con el *actuar por orden*³² viene en cuestión una exclusión de la pena cuando el subordinado estaba obligado a la obediencia, no supiera que la orden era ilícita y la orden no fuera manifiestamente ilícita (art. 33). Esto es válido, en efecto, según el artículo 33 párrafo 2 *a contrario* sólo para crímenes de guerra, pues en caso de comisión de genocidio y crímenes contra la humanidad se presume la antijuricidad manifiesta de la orden respectiva. Con los crímenes de guerra depende de la ilicitud manifiesta de una orden, pues el subordinado normalmente tendrá que observar un deber de obediencia y afirmará de modo apenas refutable que no ha conocido la ilicitud de la orden. Así, es decisivo quién soporta la carga de la prueba sobre la ilicitud manifiesta de la orden. Puesto que se trata con ello de un hecho que fundamenta la culpabilidad, una defensa refutable deberá probarla el Fiscal.

En los (difíciles) debates en torno a este precepto fue ya objeto de controversia si merecía un artículo específico o si debía integrarse en el artículo 31 (así, la propuesta de Estados Unidos). Por encima de ello, existía una discusión importante sobre las consecuencias jurídicas de un actuar por orden: Estados Unidos defendió en una sesión informal de los debates la opinión de que un actuar por orden era una *substantive defence*, y por tanto representaba una causa de justificación o de exculpación. Esto se rechazó por el resto de delegaciones a la luz del derecho de Nuremberg, en especial el artículo 8 del

31 En conjunto corresponde al art. 32 § 2.04 MPC (*supra*, nota 26), así que se justifica la crítica de Fletcher (*Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 148 ss). (N. del T.: existe una versión al castellano con el título *Conceptos básicos de Derecho Penal*, prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).

32 Para la situación jurídica, recientemente Ambos, en *JR*, 1998, pp. 221 ss.

Estatuto de la Corte Militar Internacional³³, así como la praxis de los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda³⁴. Estas delegaciones, entre ellas la alemana, aprobaron atenerse al principio de Nuremberg de que un actuar por orden no representa ninguna causa de exclusión de la pena. El compromiso alcanzado retorna al derecho de Nuremberg en cuanto que no se excluye para todos los casos una exención de la pena. Pero siempre viene en expresión una solución de regla-excepción, de tal manera que el actuar por orden, en principio, no debe implicar una causa de exclusión de la pena.

B. TIPOS DE CRÍMENES (ARTS. 5° A 10°)

Los tipos de crímenes se definen en los artículos 5° a 8°. Estos preceptos no deben de ningún modo limitar o prejuzgar el derecho internacional existente (art. 10°).

Con base en la petición de los Estados escépticos a la Corte, en especial, Estados Unidos, se incorporó además el artículo 9°, según el cual deben definirse por la Asamblea de los Estados Partes otros elementos del delito (*elements of crime*) para los crímenes establecidos en los artículos 6° a 8°. Desde el momento en que estos Estados pretendían hacer depender la entrada en vigor del Estatuto de la definición de los elementos, se retrasaría más la puesta en marcha de la Corte. Esto podía impedirse, sin embargo, por los Estados partidarios de la Corte, puesto que el artículo 9° se redujo a una exigencia relativamente facultativa de sustentar la CPI en la interpretación y aplicación de los artículos 6° a 8° a través de los elementos. Esto posee sentido en la práctica sólo respecto de la agresión aún no definida.

El crimen de *agresión* se incorporó en el Estatuto a reserva de una posterior definición (art. 5° párr. 1.d).

33 U.N. TS 82, 280; versión alemana en Hankel y Stuby (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 156 ss.

34 Cfr. artículo 7.4 del Estatuto del Tribunal de Yugoslavia (Resol. 827/1993, U.N. Doc. S/Res./827, en *HRLJ*, 1993, pp. 221 ss.; en *ZaōRV*, 1994, pp. 434 ss.) y el equivalente artículo 6.4 del Estatuto del Tribunal de Ruanda (Res. 955/1994, U.N. Doc. S/Res./955).

La definición de *genocidio* corresponde al artículo II de su homóloga Convención de 1948 (art. 5º párr. 1.a y 6)³⁵. La participación en él se incluyó, como ya se dijo, en el artículo 25 párrafo 3.e.

Por *crímenes contra la humanidad* se entienden hechos que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, se dirigen contra una población civil, de los que el autor debe tener conocimiento del ataque (art. 5º párr. 1.b, 7). Este elemento subjetivo supera las actuales exigencias del derecho internacional³⁶, pues se desprende ya del artículo 30, válido como regla general para todos los tipos (en cuanto estos no determinen otra cosa), que en sentido subjetivo se exigen el saber y la intención. En relación con las particulares formas de crimen que se definen con detalle en el artículo 7º párrafo 2, llama en especial la atención la deportación o traslado forzoso de la población³⁷, hechos de violencia sexual (por ejemplo, embarazo y esterilización forzados), la desaparición de personas, así como el *apartheid*. Junto a ellos, se incorporan también hechos que son indiscutibles desde el punto de vista de la costumbre del derecho internacional³⁸. La enumeración no es concluyente, pues también se incluyen "otros actos inhumanos de carácter similar" (art. 7º párr. 1-k).

En relación con los *crímenes de guerra* el Estatuto introduce un umbral de aplicación desconocido hasta ahora en el derecho de La Haya y Ginebra en cuanto que son incluidos *en particular* (*in particular*) aquellos crímenes perpetrados como parte de un plan o de una política o de una comisión masiva (arts. 5º párr. 1.c, 8º párr. 1). Con ello siempre podía impedirse una restricción concluyente a través de las palabras clave *sólo* (*only*).

Por lo demás, el precepto distingue entre los crímenes cometidos durante un conflicto *internacional* (infracciones graves) de los Convenios de Ginebra,

35 Cfr. ya *supra*, nota 24.

36 El artículo 18 del ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (Report of the ILC on the work of its 48th session, 1996, U. N. Doc. A/51/10) no contiene esta exigencia sino la de una participación estatal de otros colectivos.

37 Debido a este tipo, Israel votó en contra del Estatuto (cfr. U. N. Press Release, L/Rom/22, <http://www.un.org/icc>).

38 Cfr., por ejemplo, Zimmermann, en *ZaöRV*, 1998, p. 63, quien declara la duda (fundada) con relación a la desaparición.

(art. 8º párr. 2.c), así como cualesquiera otras violaciones graves de las leyes y usos de guerra (art. 8º párr. 2.b) y aquellos delitos que se cometen durante un conflicto *dentro de un país* (art. 3º común a los Convenios de Ginebra, art. 8º párr. 2.c, así como violaciones graves de leyes y usos de guerra que encuentran aplicación en un conflicto armado interno (art. 8º párr. 2.e). La protección bastante detallada vinculada a ello se *limita* en efecto por el hecho de que, en relación al artículo 8º párrafo 2.e —excediendo la limitación del artículo 1º párrafo 2 del Segundo Protocolo Adicional (PA II)— se determina en forma expresa que este precepto encuentra aplicación sólo en conflictos armados entre tropas gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos (art. 8º párr. 2.f). Así, se excluyen los conflictos armados que van más allá de las alteraciones del orden público y disturbios en el sentido del Segundo Protocolo Adicional, pero que aún no alcanzan el umbral de un conflicto armado en el sentido del artículo 8º párrafo 2.f. De aquí se desprenderán problemas de interpretación y de delimitación. Finalmente, el artículo 8º párrafo 3 encarga al Gobierno la *facultad* de restablecer la ley y el orden con todos los medios *legítimos* o de defender la unidad e integridad territorial del Estado. Una propuesta menos amplia descansaba sobre un expediente compatible con el derecho internacional y, en cuanto tal, trataba de evitar una contradicción valorativa directa con las reglas de refuerzo penal en los literales c) y e) del conflicto interestatal.

Junto a los crímenes mencionados, la CPI es además competente para determinados *delitos contra la administración de justicia*. Así se puede distinguir entre delitos (art. 70) y simples faltas (art. 71).

Como *delitos* se contemplan, por ejemplo, el falso testimonio, la proposición de pruebas falsas o falsificadas, la influencia ilegítima de un testigo o de un funcionario judicial así como actos de corrupción. En estos casos la Corte puede imponer una pena de hasta 5 años o una pena de multa. A los Estados Contratantes se les impone la obligación de ampliar sus leyes penales nacionales a los delitos incluidos en este precepto contra la administración de justicia. Esto debe posibilitar a la Corte encomendar a un Estado Contratante la persecución de estos hechos. En el caso de una *falta* ante la Corte —por ejemplo, la perturbación continuada del procedimiento— puede imponer sanciones administrativas, como el alejamiento temporal o permanente de la Sala de la Corte o una pena de multa.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL PROCESO PENAL: INVESTIGACIÓN, JUICIO Y RECURSOS³⁹

A. INVESTIGACIÓN (ARTS. 53 A 61)

1. INICIACIÓN

El Fiscal examina —tras la presentación de un asunto a través del Consejo de Seguridad de la ONU, un Estado parte o *ex officio*⁴⁰— si existe un *fundamento razonable* (*reasonable basis*) para la iniciación de una investigación (art. 53). Para ello debe tener en cuenta si las informaciones de que dispone son suficientes para suponer que se ha cometido un delito y si el proceso podría contravenir el principio de complementariedad (art. 17) o los intereses de la justicia (*interests of justice*).

Mediante este criterio deben evitarse procesos contraproducentes en el plano político-criminal. Una inadmisión del proceso basada en él ha de confirmarse por la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 53 párr. 3.b).

El Fiscal debe informar de su decisión al Consejo de Seguridad de la ONU, al Estado interesado y a la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Cuestiones Preliminares puede, a petición del Consejo de Seguridad de la ONU o del Estado interesado, examinar la decisión y pedir al Fiscal una nueva consideración. El Fiscal puede reconsiderar en cualquier momento su decisión sobre la base de nuevos hechos o pruebas.

2. DERECHOS Y DEBERES DE LOS INTERVINIENTES

EN EL PROCESO, EN ESPECIAL FISCAL Y SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES

El Fiscal está *obligado* en primer lugar a la *objetividad* y a la búsqueda de la verdad (art. 54 párr. 1). Ha de investigar en especial las circunstancias incriminantes y eximentes, así como tener en cuenta los intereses personales

³⁹ Ver más en detalle Behrens, en *European Journal of Crime*, cit.

⁴⁰ Ver ya *supra* II.A (en especial sobre el control a través de la Sala de Cuestiones Preliminares).

de víctimas y testigos, la naturaleza del crimen y los derechos del inculcado. Debe presentar a la defensa, tan pronto como sea posible, pruebas de descargo o de atenuación de la pena (art. 67 párr. 2).

Por lo que respecta a sus *atribuciones*, hay que distinguir entre medidas coercitivas sin carácter de intervención, que puede adoptar por sí mismo (art. 54 párr. 3), y aquellas que revisten carácter de intervención, que debe solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 54 párr. 2 en relación con el art. 57 párr. 3.d). En esta medida corresponde a la Sala de Cuestiones Preliminares una importancia decisiva no sólo en cuanto a la decisión sobre el *si* de una investigación, sino también en cuanto al *cómo* ésta se lleva a cabo.

Por sí mismo, el Fiscal puede reunir y examinar pruebas, realizar interrogatorios, solicitar la cooperación de un Estado o de una organización intergubernamental, concertar los correspondientes acuerdos, mantener bajo secreto informaciones confidenciales y adoptar o solicitar las correspondientes medidas de protección y aseguramiento. Por el contrario, el Fiscal sólo puede realizar investigaciones en el territorio de un Estado de acuerdo con las disposiciones sobre cooperación (Parte 9, sobre ello *infra* V) o sobre la base de la correspondiente autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el artículo 57 párrafo 3.d).

Además la Sala de Cuestiones Preliminares, es decir, por regla general un magistrado⁴¹, es competente en particular para dictar una *orden de detención o de comparecencia*, ordenar medidas para la protección de testigos y víctimas, para la preservación de pruebas así como para el decomiso (arts. 57 y 58). Por último, la Sala de Cuestiones Preliminares es competente también para adoptar especiales disposiciones, cuando el Fiscal considera que existe una oportunidad única de proceder a una investigación que no subsistirá en un momento posterior (*unique investigative opportunity*) y solicita las correspondientes medidas para la preservación de pruebas (art. 56). La Sala puede entonces, *inter alia*, disponer la grabación en cinta magnetofónica de la práctica de una prueba, autorizar a un abogado a participar o nombrar a un magistrado para la práctica de una prueba. También puede adoptar estas medidas de

⁴¹ Tan solo las decisiones que afectan a la competencia formal y políticamente delicadas han de adoptarse por la mayoría de los magistrados (ver art. 57 párr. 2.a).

preservación de pruebas a iniciativa propia, cuando tras consultar con el Fiscal no considere justificada la inactividad de éste. El Fiscal puede impugnar esta decisión ante la Sala de Apelación. Respecto a la admisibilidad de estas pruebas rigen las reglas del juicio oral (art. 69 sobre ello *infra* B)

La atribución prácticamente más importante de la Sala de Cuestiones Preliminares es el ordenar la *detención* o *comparecencia* de un sospechoso (art. 58). Puede dictarse una orden de detención cuando existan motivos razonables para creer que una persona ha cometido un crimen de competencia de la CPI y la detención parezca necesaria para garantizar su presencia durante el juicio, asegurar el desarrollo sin incidentes de la investigación y del proceso o evitar la comisión (continuada) del crimen en cuestión o de crímenes relacionados con él por la persona de que se trate. Esta última causa de detención se fundamenta sobre todo en que la gravedad de los crímenes correspondientes justificaría también una detención provisional preventiva por el peligro de continuación o de repetición. Esta argumentación no tiene en cuenta que el detenido provisionalmente tiene que considerarse inocente hasta la condena, y que por ello la detención provisional solo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso.

La orden de detención dictada —a solicitud del Fiscal— ha de identificar de manera suficiente al sospechoso, describir los supuestos crímenes y contener una descripción detallada de los hechos (art. 58 párr. 3). Puede modificarse a petición del Fiscal. Se mantendrá en vigor mientras la Corte no disponga lo contrario y constituye la base para una detención provisional o una detención y entrega según las disposiciones relativas a la cooperación.

Puede dictarse una *orden de comparecencia* cuando la Sala de Cuestiones Preliminares la considere suficiente para asegurar la presencia del sospechoso en el juicio. Tiene el mismo contenido que la orden de detención y ha de ser notificada personalmente al interesado (art. 58 párr. 7).

Un Estado parte está obligado a *ejecutar* la *orden de detención* de la CPI y a tener a la persona en cuestión a disposición de la Corte para la entrega (art. 59). La competencia de las autoridades nacionales se limita a la comprobación de si la orden de detención es aplicable a la persona en cuestión, si ésta fue detenida mediante un procedimiento adecuado y si se respetaron sus derechos. Al Estado de detención no le está permitido, sobre todo, examinar la conformidad (material) a derecho de la orden de detención.

La persona detenida puede solicitar de las autoridades nacionales la *libertad provisional* hasta la entrega, pero esta solicitud sólo deberá atenderse si existen circunstancias “urgentes” y “excepcionales” que lo justifiquen, y si el cumplimiento de la obligación de entrega puede garantizarse mediante las correspondientes medidas de salvaguardia. Por tanto, ha de constar que la persona no utilizará la puesta en libertad para la fuga y se hará con ello imposible la entrega. Por ello, la Sala de Cuestiones Preliminares ha de ser informada de una solicitud en este sentido y sus recomendaciones han de tenerse en cuenta. Si se accediera a la solicitud, la Sala de Cuestiones Preliminares puede solicitar informes periódicos al Estado de detención.

Una vez el *imputado* haya sido *entregado* al tribunal, la Sala de Cuestiones Preliminares ha de examinar si fue informado de manera suficiente de los hechos que se le imputan y de sus derechos (art. 60 párr. 1).

El imputado puede solicitar la *libertad provisional* hasta el inicio del juicio. Debe accederse a esta solicitud si ya no subsisten los presupuestos de la detención según el artículo 58 párrafo 1 (art. 60 párr. 2). La Sala de Cuestiones Preliminares ha de revisar en forma periódica su decisión sobre la puesta en libertad o la detención, y en particular ha de asegurarse de que el imputado no permanezca detenido durante un período de tiempo excesivo, y en caso de una demora inexcusable del proceso, considerar la posibilidad de la puesta en libertad. Con posterioridad puede dictar una (nueva) orden de detención para asegurar la presencia del imputado puesto en libertad (art. 60 párrs. 3 a 5).

Además de ello, el imputado ostenta durante la investigación los derechos ordinarios (art. 55), *inter alia*, prohibición de declarar contra sí mismo (*nemo tenetur*), libertad respecto de coacción o amenaza y derecho a un intérprete. Además, no podrá ser detenido arbitrariamente ni privado en forma alguna de su libertad. En el primer interrogatorio el imputado tiene que ser informado de los hechos que se le imputan, de su derecho a guardar silencio y de su derecho a ser asistido por un abogado, en especial también en el transcurso de los interrogatorios.

3. CONFIRMACIÓN DE LOS CARGOS (“CONFIRMATION HEARING”)

Dentro de un plazo razonable desde la entrega o la comparecencia voluntaria del imputado ante la Corte ha de celebrarse una *audiencia* para confirmar los cargos (el llamado *confirmation hearing*, art. 61). Con ella finaliza la

investigación y debe realizarse por principio en presencia del imputado, del Fiscal y del defensor.

La presencia del imputado no es necesaria cuando renuncie a ello o haya huido. En estos casos será representado por un defensor cuando ello parezca necesario por razones de justicia. El imputado ha de ser informado dentro un plazo razonable (*within a reasonable time*) antes del *confirmation hearing* de los cargos que se le imputan y de las pruebas existentes⁴².

El Fiscal ha de probar en forma suficiente cada cargo, para lo que puede aportar pruebas documentales o un resumen de las pruebas (*summary evidence*)—prescindiendo de llamar directamente a los testigos—. El imputado puede impugnar los cargos, impugnar las pruebas y presentar sus propias pruebas. La Sala de Cuestiones Preliminares tiene tres posibilidades de decisión: puede a. confirmar los cargos y asignar el caso a una Sala de Primera Instancia, b. no confirmar los cargos por falta de pruebas suficientes, o c. levantar la audiencia y pedir al Fiscal que presente nuevas pruebas o modifique un cargo. En caso de no confirmación de un cargo, el Fiscal puede pedirla en un momento posterior presentando pruebas adicionales.

Tras el *confirmation hearing* pero antes del inicio del juicio puede el Fiscal modificar de nuevo los cargos con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, pero en caso de nuevos cargos o más graves deberá pedir una nueva audiencia. Tras el inicio del juicio el Fiscal solo puede retirar cargos. Ordenes judiciales ya dictadas respecto de cargos no confirmados o que sean retirados dejarán de tener efecto. Tras la confirmación de los cargos la Presidencia determinará una Sala de Primera Instancia competente para el juicio.

B. EL JUICIO (ARTS. 62 A 76)

1. DESARROLLO Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA

El juicio debe celebrarse en principio en la sede de la Corte (Den Haag, art. 3°) en presencia del acusado (arts. 62 y 63 párr. 1).

⁴² También ha de ser informado con antelación razonable (*reasonable notice*) de modificaciones—posibles hasta el inicio del *confirmation hearing*—de los cargos.

Sin embargo, el acusado puede—por un tiempo determinado y de manera excepcional—ser alejado si perturba continuamente el juicio. En este caso puede seguir el proceso desde fuera de la sala, por ejemplo a través de una pantalla (art. 63 párr. 2).

Una Sala de Primera Instancia (*Trial Chamber*) determinada por la Presidencia dirige—bajo la presidencia de un magistrado (art. 64 párr. 8-10)—el juicio y ha de velar, entre otras cosas, por que éste se sustancie de manera justa y expedita respecto de los derechos del acusado y de los intereses de víctimas y testigos (art. 64 párr. 1, 2).

Además, la Sala de Primera Instancia ha de determinar el o los idiomas del juicio, ordenar la eventual divulgación de documentos o informaciones, en especial para la preparación de la defensa del acusado, determinar la acumulación o agravación de cargos, preparar la práctica de la prueba mediante la citación de testigos y presentación de documentos así como velar por la protección del acusado, los testigos y las víctimas.

El juicio será en principio público, pero la publicidad puede quedar excluida (art. 64 párrs. 3-7) por razones de protección de víctimas o testigos, o de protección de informaciones confidenciales (sobre esto más en detalle *infra*). Se inicia con la lectura de los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia ha de cerciorarse de que el acusado comprende las acusaciones (art. 64 párr. 8). El juicio es dirigido por el magistrado presidente. Este ha de velar por el orden y la documentación completa de las actuaciones (art. 64 párrs. 8-10). El desarrollo sin incidentes del juicio debe asegurarse también a través de los delitos contra la administración de justicia ya mencionados (*supra* III.B).

Se prevé un *procedimiento especial* para el caso de que el acusado realice una declaración de culpabilidad (*admission of guilt*) (art. 64 párr. 8.a 1ª frase, en relación con art. 65).

En estos casos la Sala de Primera Instancia ha de examinar, en primer lugar, si el acusado comprende la naturaleza y consecuencias de su declaración, si se realizó en forma voluntaria tras consulta suficiente con su defensor y si resulta corroborada por los hechos de la causa. Si se dan estas condiciones la Sala puede condenar al acusado de acuerdo con la confesión. En este caso puede imponer la pena de inmediato—sin una nueva audiencia sobre la medida de la pena (sobre ello *infra*) (art. 76 párr. 2.e.c.). Si no se dan las condiciones,

ha de continuar el juicio y la causa puede remitirse a otra Sala. Si la Sala considera que es necesaria una exposición más completa de los hechos puede pedir al Fiscal pruebas adicionales o remitir la causa a otra Sala para su continuación. Acuerdos entre el Fiscal y el defensor referentes a los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena no son vinculantes para la Corte.

En el marco de la *práctica de la prueba* (art. 69) cada *testigo* ha de comprometerse en primer lugar a decir la verdad en sus declaraciones. En principio el testigo ha de declarar personalmente ante la Corte, pero existen excepciones, en razón sobre todo de la protección a los testigos. En estos casos puede ser admisible también una grabación de video o audio, o la lectura de declaraciones. Las *partes* pueden presentar pruebas a iniciativa propia o a petición de la Corte. La Corte decide sobre su pertinencia o admisibilidad, para lo que ha de tener especialmente en cuenta el valor probatorio y los posibles efectos que puedan tener para un juicio justo.

Los hechos de dominio público no necesitan ser probados, pero pueden ser incorporados en autos. Pruebas obtenidas con violación de este Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas no serán admisibles cuando ello haga surgir serias dudas sobre su fiabilidad o su admisión atente contra la integridad del juicio. Esto último debería ser el caso siempre que se produzca una violación de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

De especial relevancia práctica son las reglas sobre la *protección de los intereses de seguridad nacional* (art. 72), que como se sabe han jugado un papel importante en el proceso Blaskic ante el Tribunal para Yugoslavia⁴³. La solución adoptada en el Estatuto representa un compromiso entre el interés de la CPI en disponer de todas las pruebas y la necesidad de seguridad de determinados Estados. La disposición es aplicable no sólo cuando se trata de la divulgación de determinados documentos, sino también cuando una persona

43 ICTY-Appeals Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of the Trial Chamber II of 18 July 1997, Case IT-95-14-AR108 bis, octubre 29 de 1997; sobre ello Ambos y Ruegenberg en NSiZ-RR, 1998, p. 169; desde una perspectiva de derecho comparado: Eser y Ambos, en *European Journal of Crime*, cit., 1998, pp. 3 ss.

se niega a proporcionar una información en razón de intereses de seguridad estatales.

Si un Estado tiene conocimiento de la posible divulgación de determinadas informaciones o documentos, que afectan a sus intereses de seguridad nacional, dispone de un derecho de intervención, que desencadena el subsiguiente *procedimiento arbitral*. En primer lugar se debe intentar resolver el conflicto por medio de la cooperación, a través de la modificación o aclaración de la correspondiente solicitud, la búsqueda de otra fuente de información o la presentación de la información en una forma distinta, más protegida, por ejemplo abreviada o resumida. Si esto no diera resultado el Estado debe notificarlo al Fiscal o a la Corte exponiendo (de nuevo) sus razones. Si la Corte por su parte se mantiene en la necesidad de la prueba para el establecimiento de la culpabilidad o inocencia del acusado, existen dos posibilidades: si se trata de una solicitud según las *normas generales de cooperación* (sobre ello *infra* V) la Corte puede de momento llevar a cabo nuevas consultas con el Estado, en su caso secretas. Si considera que el Estado no cumple con su obligación de cooperación debe remitir el asunto a la Asamblea de los Estados Partes o, en tanto sea competente, al Consejo de Seguridad de ONU. Junto a ello, la Corte es libre de establecer en el juicio presunciones respecto de la existencia o inexistencia de determinados hechos. En todos los *demás casos*, la Corte puede bien ordenar la divulgación, bien extraer las mencionadas presunciones.

Existe una limitación más en la práctica de la prueba en relación con informaciones o documentos que proceden de terceros —otro Estado parte, una organización intergubernamental o internacional— (*Third party information or documents*, art. 73).

En este caso la Corte ha de intentar en primer lugar recabar el consentimiento del Estado o la organización de cuya esfera procede la información (*the originator*). Si no consiente un *Estado Parte*, se aplicará el procedimiento descrito según lo dispuesto en el artículo 72. Si no consiente un *Estado no Parte*, la Corte ha de conformarse con la comunicación de que una obligación de confidencialidad respecto al informador originario existente con anterioridad a la solicitud hace imposible una divulgación de la información.

2. EL FALLO

El fallo (art. 74) presupone en principio que todos los magistrados estén presentes en cada fase del juicio y durante las deliberaciones. Sin embargo, la Presidencia puede designar magistrados suplentes que pueden sustituir en alguna fase a un magistrado imposibilitado de asistir. Rige el *principio de inmediación*: la Corte sólo puede fundamentar su fallo en las pruebas presentadas y discutidas ante ella en el juicio. No puede ir más allá de los hechos y circunstancias descritos en los cargos (*función de limitación*).

Los magistrados adoptarán el fallo en deliberaciones secretas, de ser posible por consenso y sólo en caso necesario por mayoría. El fallo, escrito, debe estar ampliamente fundamentado e incluir en su caso la opinión de la mayoría y de la minoría. El fallo, o en su caso un resumen del mismo, se comunicará oral y públicamente.

Si se dicta un fallo condenatorio, la Corte ha de fijar de inmediato la pena que proceda (art. 76). Puede celebrarse a iniciativa propia una nueva audiencia para determinar la pena (*Schuldinterlokut*), y tiene que hacerse a solicitud del Fiscal, excepto en el caso de una confesión de culpabilidad (art. 65; ver *supra*). La pena ha de ser impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

El fallo ha de establecer principios relativos a la posible *reparación a las víctimas* (art. 75). Sobre esta base puede determinarse también —previa solicitud o de oficio— la magnitud de los daños en un caso concreto. En esta medida la Corte puede dictar —tras oír en su caso a los interesados— una orden de reparación contra el condenado, que se hará efectiva según las disposiciones relativas a la cooperación (art. 93 párr. 1; sobre ello V) y a la ejecución de multas y decomiso (art. 109; sobre ello V). Por lo demás, la indemnización puede pagarse a través del Fondo Fiduciario de la Corte (art. 79; sobre ello VI.A).

3. (DEMÁS) DERECHOS DE LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO

Los derechos del *acusado* se corresponden con el estándar general de los derechos humanos (arts. 66 y 67):

— Presunción de inocencia, prueba a cargo del Fiscal; convicción judicial más allá de toda duda razonable para poder condenar (*beyond reasonable doubt*);

- Juicio público y justo;
- Información inmediata y completa sobre los cargos;
- Tiempo suficiente para la preparación de la defensa con un defensor de su confianza;
- Juicio sin dilaciones indebidas;
- En principio, estar presente en el juicio y, en caso necesario, asignación por la Corte de un defensor de oficio;
- Presentación de pruebas, en especial también comparecencia de testigos de descargo e interrogatorio suficiente de los testigos de cargo; divulgación de pruebas de descargo o de atenuación de la pena por parte de la Fiscalía (ver ya *supra* 1.b);
- Disponer de un intérprete;
- Derecho completo a guardar silencio, que no puede utilizarse en contra del acusado;
- Prohibición de la inversión de la carga de la prueba.

Según el artículo 68 la Corte ha de adoptar las medidas necesarias para la *protección de víctimas y testigos*.

Esto es aplicable en especial en procesos por violencia sexual o por violencia contra niños, en los que por ejemplo pueden realizarse las declaraciones a través de medios electrónicos u otros medios especiales. Si se ven afectados los intereses personales de una víctima, su opinión podrá presentarse en el proceso a través de un representante legal. Cuando pongan en peligro la seguridad de un testigo o de su familia, las pruebas pueden no presentarse o presentarse en otra forma. También un Estado puede solicitar determinadas medidas para la protección de sus funcionarios y para la protección de informaciones confidenciales (sobre ello ya art. 72). En general rige el principio de que estas medidas no pueden redundar en perjuicio de los derechos del acusado.

3. RECURSOS (ARTS. 81 A 85)

En principio hay que diferenciar entre recursos contra el fallo (art. 81) y contra otras resoluciones procesales (art. 82) de la Sala de Primera Instancia.

El Fiscal o el condenado pueden interponer recurso de apelación contra el *fallo como tal* por un vicio de procedimiento, error de hecho o error de

derecho, así como contra la *decisión sobre la medida de la pena* por desproporción. Además de ello, el condenado o el Fiscal en su nombre pueden interponer apelación contra el fallo como tal cuando hayan resultado perjudicadas la justicia o la regularidad del proceso. Cuando la Corte, al conocer de una apelación contra la decisión sobre la medida de la pena, tenga dudas sobre el fallo como tal, puede invitar al Fiscal y al condenado a ampliar la apelación a éste también. En principio el condenado debe permanecer en prisión durante el proceso de apelación.

En el marco de la apelación contra las *demás resoluciones* las partes pueden recurrir resoluciones sobre la competencia, admisibilidad o prisión provisional, o también decisiones sobre la reparación de acuerdo con el artículo 75. Esta apelación sólo tendrá efecto suspensivo si así lo dispone la Sala de Apelaciones.

La Sala de Apelaciones puede modificar la resolución recurrida o decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia (art. 83 párr. 2). En las apelaciones contra la decisión sobre la medida de la pena la Sala de Apelaciones puede modificar la pena (art. 83 párr. 3). La sentencia, que ha de adoptarse por mayoría, puede dictarse en ausencia de la persona absuelta o condenada.

Puede llevarse a cabo una *revisión* del proceso (art. 84) a instancia del condenado (o de sus familiares) o del Fiscal cuando: se descubran nuevas pruebas, no disponibles con anterioridad, que habrían conducido a una resolución distinta; los elementos decisivos de prueba fueran falsos o hubieran sido falsificados o uno o varios de los magistrados hubieran incurrido en un grave incumplimiento de sus funciones. En caso de que la Sala de Apelaciones considere fundada la solicitud puede convocar de nuevo a la Sala de Primera Instancia original, constituir una Sala de Primera Instancia nueva o decidir por sí misma sobre la revisión.

De acuerdo con el artículo 85 la víctima de una detención ilegal tiene un *derecho efectivo a una indemnización*, para lo cual se distingue entre condenados por error y personas detenidas provisionalmente.

En caso de una *condena por error* y una pena de prisión fundada en ella, el afectado tiene derecho a ser indemnizado, si el fallo no le es imputable. Frente a ello, la posibilidad de indemnización en el caso de la *detención provisional* es posible sólo de forma excepcional, cuando una persona ha sufrido la prisión provisional a causa de un error judicial grave y manifiesto (*grave and manifest*

miscarriage of justice). Mediante esta formulación restrictiva se pretende evitar reclamaciones indemnizatorias en los casos en que el proceso se sobreesee por razones fácticas, en especial por sobrecarga del tribunal⁴⁴, sin que se determine la culpabilidad o inocencia del detenido.

V. COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA JUDICIAL (ARTS. 86 A 102)⁴⁵

A. GENERALIDADES

También en este ámbito resultaban inconciliables las posiciones de los Estados escépticos y de los partidarios de la Corte. Mientras aquellos partían del derecho interestatal tradicional de extradición y asistencia judicial, estos abogaban por una nueva forma de cooperación, ya que sólo ella podría estar a la altura de la posición especial de la CPI.

Los Estados Partes están obligados a cooperar (art. 86). Las correspondientes solicitudes de la Corte se dirigirán por vía diplomática o a través de Interpol al Estado respectivo (art. 87)⁴⁶. También en el ámbito de la cooperación debe tenerse en cuenta la protección a víctimas y testigos. El derecho procesal interno deberá adaptarse a las necesidades de la cooperación (art. 88).

En el caso de *incumplimiento* de una obligación de cooperación, las facultades de la Corte dependen de si se trata de un Estado Parte o no. Si un *Estado Parte* incumple su obligación de cooperar, la Corte puede constatarlo y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si el asunto le fue remitido por éste. También *Estados que no sean Parte* pueden resultar obligados a cooperar sobre la base de acuerdos *ad hoc*; en caso de incumplimiento, la Corte puede dirigirse así mismo —aunque sin una constatación en el sentido mencionado— a la Asamblea de Estados Partes

44 Ver recientemente el sobreesimiento de 14 casos por el Tribunal para Yugoslavia (*ICTY-Bulletin*, N° 21, julio 27 de 1998, p. 4; *FAZ*, mayo 11 de 1998, p. 7).

45 Ver más detalladamente Kreß, en *European Journal of Crime*, cit.

46 Deben redactarse en el idioma del Estado requerido o en uno de los idiomas de trabajo de la Corte. El Estado requerido debe tramitarlas de manera confidencial.

o en su caso al Consejo de Seguridad. También organizaciones interestatales pueden tomar parte en la cooperación (art. 87).

B. LA ENTREGA COMO FORMA MÁS IMPORTANTE DE COOPERACIÓN (ART. 89 A 92)

En caso de entrega (art. 89) de una persona se dirige la solicitud correspondiente al Estado en cuyo territorio se supone que se encuentra. La pena solo puede imponerse, en principio, por los hechos consignados en la solicitud de entrega (*principio de especialidad*)⁴⁷, pero los Estados Partes pueden renunciar a este requisito a solicitud de la Corte (art. 101)⁴⁸. Los Estados Partes han de acceder al tránsito de una persona por su territorio (art. 89 párr. 3).

En caso de *solicitudes concurrentes*, es decir, de una solicitud de entrega de la CPI y una solicitud de extradición de otro Estado, tiene en principio prioridad la solicitud de entrega de la CPI (art. 90)⁴⁹. Para ello hay que distinguir en cada caso si el Estado requerido es o no Parte.

En el caso de que sea un *Estado Parte*, la solicitud de la CPI tendrá prioridad si ésta ha determinado la admisibilidad (arts. 18 y 19) teniendo en cuenta las investigaciones del Estado requirente, o la determina tras la notificación del Estado requerido (art. 90 párr. 2.a y b). Como se desprende del artículo 90 párrafo 3, el Estado requerido sólo puede dar curso a la solicitud de extradición una vez que la CPI haya denegado la admisibilidad.

47 Ello no excluye una valoración jurídica diferente de los mismos hechos (ver Kreß, en *European Journal of Crime*, cit.).

48 Si la persona buscada invoca el principio *non bis in idem*, la entrega sólo podrá aplazarse si está aún pendiente una decisión de la Corte sobre la admisibilidad (de conformidad con el art. 17 párr. 1.c, en relación con el 20 párr. 3); en caso contrario ha de cumplirse la solicitud (art. 89 párr. 2).

49 El Estatuto entiende por *entrega* la entrega de una persona por un Estado a la CPI y por *extradición* la entrega entre Estados (art. 102). Con ello se tuvo en cuenta, entre otras cosas, a los Estados (de *civil law*) en que existen prohibiciones constitucionales de extradición de algunos nacionales en el sentido del artículo 16 GG. (Las siglas "GG" corresponden a "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland", y se refieren a la Ley Fundamental alemana de 1949. N. del T.).

Si el Estado requirente *no* es un *Estado Parte*, el Estado requerido dará prioridad a la solicitud de la CPI siempre que no esté obligado respecto del Estado requirente por una norma de derecho internacional y la Corte haya determinado la admisibilidad. Si la deniega, rige como arriba que debe accederse a la solicitud de extradición. Si existe una obligación de derecho internacional del Estado requerido frente al requirente, aquel tendrá que tomar una decisión ponderada de acuerdo con determinados criterios (como el interés del Estado requirente en la extradición porque el crimen se haya cometido en su territorio; la posibilidad de una entrega subsiguiente a la Corte por parte del Estado requirente).

Puede presentarse una situación distinta cuando un Estado Parte recibe una *solicitud de extradición por un crimen distinto* al que persigue la Corte (art. 90 párr. 7). En este caso vale lo dicho arriba: si no existe ninguna obligación de derecho internacional del Estado requerido respecto del requirente, deberá tener prioridad la entrega a la Corte. Si existe una obligación tal de derecho internacional, el Estado requerido deberá realizar una ponderación, en la que habrá de tener en cuenta la naturaleza y gravedad del hecho en cuestión.

Si la Corte resuelve la *inadmisibilidad* de la causa y tampoco tiene lugar la extradición, el Estado requerido debe ponerlo en conocimiento de la Corte (art. 90 párr. 8).

De acuerdo con el artículo 91, la *solicitud por escrito de detención y entrega* debe contener, entre otras cosas, información sobre la persona buscada, su posible paradero, una copia de la orden de detención y los documentos y aclaraciones necesarios para el procedimiento de entrega (para lo cual el Estado requerido debe consultar con la Corte). En general debería preverse un procedimiento menos oneroso que el de extradición (!). En caso de una persona ya condenada ha de acompañarse una copia de la orden de detención, del fallo, así como informaciones para la identificación de la persona.

En casos de urgencia la CPI puede pedir a un Estado la *detención provisional* de una persona hasta que se presente la solicitud de entrega (art. 92). Esta solicitud debe contener —junto con los datos personales de la persona— los cargos y los hechos, así como indicaciones sobre una orden de detención o una condena. La detención, sin embargo, sólo puede prolongarse por un cierto plazo —a determinar en las Reglas de Procedimiento y Prueba—. Transcurrido éste, la persona debe ser puesta en libertad, salvo que —sin solicitud de entrega—

consienta en la entrega. La puesta en libertad no excluye la posibilidad de una entrega posterior.

C. OTRAS FORMAS DE ASISTENCIA (ARTS. 93 Y 96)

Junto a ello, la Corte puede formular a Estados partes —así mismo por escrito (art. 96)⁵⁰— otras muchas solicitudes de asistencia, en tanto éstas no estén prohibidas por el derecho del Estado requerido (art. 93)⁵¹. Antes de acogerse a una prohibición así, el Estado requerido debe examinar primero si no puede prestar la asistencia de una manera conforme a la ley, por ejemplo, con sujeción a ciertas condiciones o en un momento posterior. Si una solicitud de asistencia contraviniera un principio *fundamental* de derecho (*fundamental legal principle of general application*) —no una norma de derecho cualquiera— del Estado requerido, este deberá consultar con la CPI para tratar de resolver la cuestión, es decir, por ejemplo, prestar la asistencia deseada en una forma diferente. Si ello no fuera posible, la Corte debe modificar la solicitud según sea necesario. Por lo demás, un Estado solo puede denegar una solicitud de asistencia en atención a sus intereses de seguridad nacional en el sentido del artículo 72.

La Corte debe garantizar la *confidencialidad* de documentos y determinadas informaciones (art. 93 párr. 8). El Estado requerido puede poner a disposición del Fiscal documentos o informaciones con carácter confidencial, que éste sólo podrá utilizar con el fin de reunir nuevas pruebas. El Estado requerido puede autorizar posteriormente la divulgación de estos medios de prueba (art. 93 párr. 8). El Estado requerido debe consultar con la Corte en relación con los requisitos de su derecho interno. Estos presupuestos rigen también *vice versa* para las solicitudes de asistencia hechas a la Corte (art. 96 párr. 3, 4).

⁵⁰ La solicitud debe, *inter alia*, exponer la finalidad y el fundamento jurídico, contener informaciones acerca del paradero y de la identificación de la persona, así como los hechos que la fundamentan (art. 96).

⁵¹ Ver artículo 93 párrafo 1: identificación y determinación del paradero de personas; práctica de pruebas; notificación de documentos judiciales; facilitación de la comparecencia de testigos o peritos; allanamientos y decomisos; medidas de protección de víctimas y testigos; incautación de bienes procedentes de crímenes.

La Corte puede también, en el marco de estas otras formas de asistencia, solicitar un *traslado* provisional de una persona, para su *identificación* o *interrogatorio*, siempre que la persona tras ser informada consienta libremente y el Estado requerido también. Esta persona permanecerá detenida y, tras llevarse a cabo las actuaciones previstas, será devuelta a su Estado de origen (art. 93 párr. 7).

En caso de *solicitudes de asistencia concurrentes*, el Estado requerido debe intentar atender a ambas solicitudes, acaso una después de la otra. Si esto no fuera posible, rigen las reglas sobre solicitudes de *entrega* concurrentes según el artículo 90. Si se trata de informaciones de terceros Estados o de organizaciones internacionales, la Corte debe dirigirse directamente a ellos (art. 93 párr. 9).

La Corte puede por su parte prestar *asistencia* a Estados Partes respecto de los crímenes objeto de su competencia, por ejemplo, poniendo a su disposición determinados medios de prueba —con el consentimiento en su caso del Estado afectado y teniendo en cuenta las disposiciones sobre protección de testigos y víctimas— o interrogando a personas que se encuentren detenidas por orden suya (art. 93 párr. 10).

D. CUMPLIMIENTO DE LAS SOLICITUDES DE ASISTENCIA E IMPEDIMENTOS (ARTS. 99, 94 S. Y 97 S.)

El cumplimiento de *todas* las solicitudes de asistencia se rige en principio por el derecho procesal penal interno y por la propia solicitud (art. 99).

Las *solicitudes sin carácter coercitivo*, por ejemplo, el interrogatorio de un testigo, pueden —de manera semejante a las medidas coercitivas sin carácter de intervención durante la investigación (art. 54; *supra* IV.A)— ser ejecutadas por el Fiscal mismo *tras consultar* con la parte requerida —en caso necesario también sin la presencia de autoridades nacionales—. Esta atribución no está sometida a condición alguna cuando el hecho respectivo se cometió en el territorio del Estado parte requerido y se ha afirmado la admisibilidad del proceso de acuerdo con los artículos 18 y 19. En todo caso, la persona interrogada puede alegar la protección de intereses de seguridad nacional en el sentido del artículo 72.

El artículo 99 guarda silencio sobre el procedimiento en caso de *solicitudes con carácter coercitivo*, por ejemplo, detenciones o registros domiciliarios. De

este silencio ha de deducirse —a contrario de la regulación que se acaba de describir— que estas solicitudes sólo pueden ejecutarse por las autoridades nacionales. Refuerza esta conclusión el hecho de que las atribuciones *on site* del Fiscal (art. 99 párr. 4) fueron una de las disposiciones más discutidas del Estatuto⁵².

Cuando una solicitud de asistencia interfiere en una investigación en curso, puede *aplazarse* su ejecución hasta la finalización de ésta (art. 94). Sin embargo, la CPI puede ordenar en estos casos, a solicitud del Fiscal, medidas para la preservación de pruebas de conformidad con el artículo 93 párrafo 1.j. También puede aplazarse la ejecución cuando esté pendiente una *impugnación de la admisibilidad* según los artículos 18 y 19, salvo que la Corte haya autorizado el aseguramiento de pruebas necesarias por parte del Fiscal (art. 95). Cuando un Estado considere problemática la ejecución de una solicitud de asistencia porque no contenga informaciones suficientes, la persona buscada no pueda ser localizada o sea otra persona la que se encuentre detenida en el Estado requerido, o el Estado se viera obligado por la ejecución a incumplir una obligación bilateral contractual, debe consultar con la Corte (art. 97).

Otro impedimento a la asistencia se deriva de los *derechos de inmunidad* de personas de terceros Estados, o de *obligaciones contractuales* del Estado requerido respecto de terceros Estados (art. 98). En estos casos el Estado requerido —en forma parecida a lo que ocurre con el acceso a pruebas procedentes de terceros Estados (art. 73; *supra* IV.B)— sólo puede cumplir una solicitud de asistencia cuando el tercer Estado renuncie a sus derechos de inmunidad o demás derechos.

Según el artículo 100, los *gastos* ocasionados por la asistencia se repartirán entre el Estado requerido y la Corte. El Estado requerido corre con los gastos que surjan en relación con la ejecución en su territorio, y la Corte con los gastos adicionales (transporte, seguridad de testigos y peritos, traducción, etc.).

Según el artículo 100, los gastos ocasionados por la asistencia se repartirán entre el Estado requerido y la Corte. El Estado requerido corre con los gastos que surjan en relación con la ejecución en su territorio, y la Corte con los gastos adicionales (transporte, seguridad de testigos y peritos, traducción, etc.).

⁵² Ver Kreß, en *European Journal of Crime*, cit.

VI. PENAS Y EJECUCIÓN DE LAS PENAS⁵³

A. PENAS (ARTS. 77 A 79)

El Estatuto prevé como penas principales una *pena privativa de libertad* temporal de hasta 30 años o una pena de cadena perpetua (art. 77). La pena privativa de libertad temporal podrá ser revisada tras haberse cumplido dos tercios de su duración; la cadena perpetua, transcurridos 25 años (art. 110 párr. 3; más en detalle *infra*). Con carácter de penas accesorias se prevén una *multa* y el *decomiso*.

La determinación de los *criterios de medición de la pena* se remite en lo principal a las Reglas de Procedimiento y Prueba —a aprobar por la Asamblea de los Estados Partes—. El artículo 78 se refiere únicamente a la gravedad del crimen y las circunstancias personales del autor, y determina por lo demás el cálculo de la medida de la pena.

La Corte debe descontar el tiempo de detención previa. En caso de delitos *en concurso real* ha de imponerse una pena individual para cada uno y después formarse una pena común, que no puede exceder de 30 años (en el caso de la pena privativa de libertad temporal) o de reclusión a perpetuidad. La duración de la cadena perpetua no está determinada, pero cabe deducir, a partir de la revisión de la cadena perpetua tras 25 años y de la de la pena privativa de libertad temporal tras el cumplimiento de sus dos tercios, que la duración total (tres tercios) de la pena de cadena perpetua no puede exceder de 37,5 años (3 veces 12,5). Ello representaría también una diferencia suficiente respecto de la duración máxima de la pena privativa de libertad temporal (30 años).

La Corte ha de constituir un *fondo fiduciario*, que se nutrirá fundamentalmente de multas y decomisos, en favor de las víctimas y sus familiares (art. 79).

El catálogo de penas expuesto no ha satisfecho en particular a aquellos Estados que consideran necesarias penas más duras, en especial la *pena de*

⁵³ Ver más en detalle Kreß, *ibid.*

muerte (como Trinidad y Tobago y muchos Estados árabes). Estos Estados querían evitar en todo caso que la renuncia a estas penas más duras tuviera algún tipo de consecuencia jurídica desde la perspectiva de derecho internacional o interna. Por ello dispone el artículo 8o que las penas previstas en el Estatuto no afectarán al derecho interno. Sin embargo, la renuncia a la pena de muerte implica cuando menos ciertos reparos desde la perspectiva internacional.

B. EJECUCIÓN DE LA PENA (ARTS. 103 A 111)

Esta parte ha planteado relativamente pocos problemas y es por ello también de fácil comprensión. En principio la pena ha de ejecutarse en un Estado que ha manifestado ante la Corte —bajo ciertas condiciones— estar dispuesto a ello (art. 103). Se elabora, por tanto, como en los tribunales *ad hoc*, una lista de Estados, aunque el Estado puede denegar la ejecución en el caso concreto por determinadas razones.

Si el Estado de ejecución tiene intención de adoptar determinadas medidas que podrían afectar a la ejecución, ha de informar a la Corte 45 días antes de la entrada en vigor de esas medidas. En este caso es de aplicación el artículo 104, según el cual el condenado —también a petición propia— puede ser trasladado a otro Estado.

La Corte misma ha de tener en cuenta determinados criterios en la elección del Estado, en especial la distribución equitativa de los condenados, el respeto a estándares de ejecución internacionalmente reconocidos así como la opinión y nacionalidad del condenado. Si no puede designarse un Estado de ejecución, la ejecución se llevará a cabo en el Estado anfitrión de la CPI y a cargo de ésta (art. 103 párr. 3, 4).

Las condiciones de la ejecución se rigen por el derecho interno del Estado de ejecución, pero han de corresponderse con los estándares internacionales y serán supervisadas por la Corte (art. 106). El Estado de ejecución no tiene ninguna autoridad sobre la duración de la pena ni sobre eventuales recursos del condenado (art. 105). Ha de velar por que la comunicación entre el condenado y la Corte pueda tener lugar de manera irrestricta y confidencial (art. 106 párr. 3).

La decisión sobre la *reducción de una pena privativa de libertad* tras dos

tercios o 25 años (sobre ello ya *supra* A) depende de circunstancias que demuestran un cambio claro y significativo en el comportamiento del condenado, como voluntad de cooperación y facilitación de la ejecución de decisiones judiciales. La duración de la pena ha de ser revisada con periodicidad (art. 110).

En caso de *evasión* el Estado de ejecución puede, tras consultar con la Corte, pedir la entrega del fugado al Estado en el que se encuentre o pedir a la Corte que solicite la entrega (art. 111).

Tras el cumplimiento de la pena el condenado ha de ser *trasladado* a su Estado de origen (el Estado que está obligado a aceptarlo), salvo que el Estado de ejecución le conceda el derecho a permanecer en él (art. 107 párr. 1, 2)⁵⁴. Se plantea entonces también la cuestión de cómo hay que proceder cuando se *solicita* por un *tercer* Estado la *extradición* u otro tipo de entrega. En principio el condenado —en relación con el principio de especialidad consagrado en el artículo 101— no debe ser objeto de persecución penal o extradición alguna por hechos que haya cometido antes de su traslado y que no estaban comprendidos en la solicitud de entrega (art. 108 párr. 1). El efecto protector de la disposición se extingue si el condenado permanece durante más de 30 días después de haber cumplido la pena en el territorio del Estado de ejecución o si regresa a ese Estado (art. 108 párr. 3). Rige entonces el principio opuesto, de que el Estado de ejecución puede extraditar al condenado a un tercer Estado tras el cumplimiento de la pena (art. 107 párr. 3).

Los Estados Partes harán efectivas las multas y órdenes de decomiso según su derecho interno y teniendo en cuenta los intereses de los terceros de buena fe (art. 109). Si no puede llevarse a cabo el decomiso, deberá cobrarse por lo menos el valor del producto o bienes. Los bienes o el producto de su venta serán transferidos a la Corte.

CONCLUSIÓN

El Estatuto de Roma constituye una gran obra, aunque mejorable. A pesar de

⁵⁴ Este traslado ha de financiarse en principio por uno de los Estados mencionados, sólo en forma subsidiaria por la Corte (art. 107 párr. 1, 2).

la fuerte presión política se ha conseguido ofrecer un Estatuto jurídicamente coherente y en muchos aspectos convincente, incluso original. Con ello tiene comienzo —más de 50 años después de Nuremberg— una nueva época del derecho internacional penal. Se ha dado el paso histórico de un sistema jurídico fundamentalmente no escrito a uno codificado y justiciable. Su eficiencia, desde luego, depende ante todo de que se adhiera a él el mayor número posible de Estados. En este sentido muestran precisamente las disposiciones sobre cooperación y asistencia judicial que la Corte Penal Internacional depende de la voluntad de cooperación de los Estados. La Corte *sólo* puede hacer efectivo su derecho *con los Estados, no contra ellos*⁵⁵.

Si el Estatuto no ha de convertirse en un ejemplo más de *lex imperfecta* de derechos humanos, ha de ganarse a largo plazo para la causa de la Corte también a los Estados escépticos, en especial a Estados Unidos⁵⁶. Pueden participar en el comité de preparación⁵⁷ que comenzó sus trabajos a principios de 1999 si firmaron la declaración final de la Conferencia. Estados Unidos lo hizo. Por ello, entre otras cosas, existe a largo plazo la esperanza fundada de que también el país del norte de América y los demás Estados escépticos se sumen a este nuevo sistema penal universal.

55 Ver últimamente, sobre la soberanía estatal como obstáculo principal a la realización penal del derecho internacional humanitario, la contribución del magistrado del ICJ Cassese, en *European Journal of International Law*, N° 9, 1998, pp. 2 ss.; el mismo, en *Modern Law Review*, N° 61, 1998, pp. 1 ss. (9 s.).

56 120 Estados votaron a favor del Estatuto, 7 en contra y 21 se abstuvieron. Puesto que se trató, como había solicitado Estados Unidos, de una votación anónima (*non recorded vote*), solo puede deducirse a partir de actitudes posteriores el sentido del voto de cada Estado. Según eso, puede partirse con seguridad de que junto a Estados Unidos también China, Israel, Yemen, Qatar, Irak y Libia votaron en contra del Estatuto. Se abstuvieron India, los Estados de la Liga Árabe (entre ellos Sudán, Siria, Irán y Egipto), Trinidad y Tobago (por la no inclusión de los delitos de drogas y de la pena de muerte) y Turquía. Ver la reproducción de las posiciones de los Estados tras la votación en *U. N.-Press Release*, *supra*, nota 37).

57 Ver ya *supra*, nota 7.

FRANK JARASCH*

Establecimiento, organización y financiamiento de la Corte Penal Internacional y cláusulas finales (partes I, IV y XI a XIII)