

Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br.

Herausgegeben von Professor Dr. Dres. h.c. Albin Eser, M.C.J.

Band S 81

The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court

**Le Procureur d'une Cour pénale internationale
permanente**

**El Fiscal de una Corte Penal Internacional
Permanente**

International Workshop in co-operation with the Office of the
Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR),
Freiburg im Breisgau, May 1998

Edited by

Louise Arbour • Albin Eser • Kai Ambos

Andrew Sanders



Freiburg im Breisgau 2000

Justice Louise Arbour

Former Chief Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR)
Judge Supreme Court of Canada

Professor Dr. Dres. h.c. Albin Eser, M.C.J.

University of Freiburg im Breisgau
Director of the Max Planck Institute
for Foreign and International Criminal Law

Dr. Kai Ambos

Research Fellow at the Max Planck Institute
for Foreign and International Criminal Law

Professor Andrew Sanders

University of Bristol, UK

This publication was made possible by the financial support of the Governments
of the Netherlands, Norway and Germany as well as the Open Society Fund.

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

The prosecutor of a permanent international criminal court :
international workshop in co-operation with the Office of the
Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and
ICTR), Freiburg im Breisgau, May 1998 / ed. by Louise Arbour
... - Freiburg im Breisgau : Ed. iuscrim, Max-Planck-Inst. für
Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2000
(Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für
Ausländisches und Internationales Strafrecht Freiburg i. Br. ; Bd. S 81)

ISBN 3-86113-939-1

© 2000 edition iuscrim

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht
Günterstalstraße 73, D - 79100 Freiburg i. Br.

Alle Rechte vorbehalten

Printed in Germany/Imprimé en Allemagne

Herstellung: Reprodienst GmbH • Gündlinger Str. 8
D - 79111 Freiburg i. Br.

ISBN 3-86113-939-1

2081/2000
Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Prologue

Early 1998 the Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law, in conjunction with the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), took steps to organise an international workshop on *"The Independence and Accountability of the Prosecutor of a Permanent International Criminal Court"*. The workshop took place on 28-29 May 1998 in Freiburg im Breisgau/Germany during the lead-up to the Rome Diplomatic Conference on the establishment of an International Criminal Court (15 June-17 July 1998), with the intention to address issues relevant to the status and independence of the Prosecutor of the International Criminal Court. It was felt that a contribution could be made to the resolution of these issues by providing a forum in which the views of experts from different systems could be considered. The workshop participants were distinguished experts representing various legal systems from all regions of the globe, as well as representatives of the ICTY, the ICTR, and a number of non-governmental organisations.

The workshop produced a final Declaration (the *Freiburg Declaration*) on the minimum standards of independence that the Prosecutor of an international criminal jurisdiction should enjoy, and the minimum standards of accountability to which the Prosecutor of the ICC should be subject. This Declaration is published in four languages (English, French, Spanish, German) at pages 667 et seq. of this volume.

The workshop was divided into two parts. The first part dealt with three main topics: "The Prosecutor and Political Organs", "The Prosecutor, Criminal Process and Other Organs of the Criminal Justice System" and "The Prosecutor and Interested Parties". The presentations and discussions were based on national reports which answered various questions on the position of the prosecutor in the national systems of the participants. These reports (see pages 191 et seq.), as well as a summary of the discussions (see pages 619 et seq.), are published in this volume. The second part of the workshop was devoted to the discussion and adoption of the Freiburg Declaration, which was widely distributed at the Rome Diplomatic Conference and published in some legal journals.*

* See (1998) 6 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 301-303; Revista Penal (Spain) No. 2 (julio 1998), 181-183; ZStW 111 (1999), 300-301; ZRP 1999, 68-69; Institute of Legal Reform, Legal Reform. Scientific-Analytical Journal No. 2 (1998), pp. 53 et seq.

It was decided to publish the reports on national jurisdictions and the proceedings of the workshop. Although the Rome Statute was adopted on 17 July 1998, this publication may still serve as an important tool in assessing the position of the Prosecutor of the International Criminal Court and some of the fundamental concerns of prosecutorial discretion, efficacy and accountability relevant to the future work of the Court.

We would like to thank the institutions and individuals who made this project possible. Financial contributions were generously made by the Governments of the Netherlands, Norway and Germany as well as by the Open Society Fund. The organisation of the actual workshop was largely in the hands of Dr. *Kai Ambos* and *Guido Ruegenberg* from the Max Planck Institute and Dr. *Christopher Staker* and Ms. *Catherine Cissé* from the Office of the Prosecutor. The preparation of the publication was mainly co-ordinated by Dr. *Kai Ambos*, with the invaluable editorial assistance of Professor *Andrew Sanders* (Bristol, UK).

Freiburg/The Hague, December 1999

Albin Eser

Chair of Criminal Law, Criminal Procedure
and Comparative Criminal Law,
University of Freiburg
Director, Max Planck Institute

Louise Arbour

Judge Supreme Court of Canada
Former Chief Prosecutor
International Criminal Tribunal
for the Former Yugoslavia and
International Criminal Tribunal for Rwanda

Preface

In establishing an International Criminal Court there are few precedents to be followed. There are many difficult issues, one of which is what is the most appropriate form that the Office of the Prosecutor should have. One set of experiences to be drawn upon is that of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Another is that of the many national criminal jurisdictions world-wide. It was therefore decided by the Office of the Prosecutor of the ICTY/ICTR and the Max Planck Institute of Foreign and International Criminal Law to draw on all these experiences by commissioning reports from national jurisdictions. It was intended that these would all be structured along similar lines, answering questions (see pages 193 et seq.) which are likely to be relevant in the context of an International Criminal Court (see pages 121 et seq.).

Clear differences could be seen between the approaches of jurisdictions with different traditions. Broadly, these are: common law jurisdictions, civil law systems, and (former) socialist systems. These differences are identified in the summary of the national reports (pages 495 et seq.). Among the differences which fell to be discussed in the proceedings of the workshop were those who advocated proactivity by the prosecutor, as compared with the prosecutor being an intermediary between the enforcement body and the courts; those who advocated prosecutors taking into account political and social factors in their decision-making, as compared to those who advocated a legality model; and those who felt that there should be lines of accountability from the prosecutor to other agencies or interest groups (such as victims) as compared to those who advocated an entirely independent prosecutorial agency. The summary of discussions and the Freiburg Declaration (on pages 619 et seq. and 667 et seq. respectively) detail the points raised in this debate and how the delegates at the workshop resolved them.

It was considered convenient to publish the comparative papers not only in English but also in French and Spanish. The national reports remain in their original language or in the language in which they were prepared. The authors have been asked to provide an annex with the relevant legislation and the most important relevant bibliographical references. The reports have been edited where necessary. The relevant provisions of the Rome Statute are reprinted in the annex in English, French and Spanish (pages 681 et seq.).

We hope that this volume will help not only to establish the basis for a strong prosecutor's office in the ICC. We also hope that it will help to identify some of the problems that will inevitably arise when the ICC is established and provide guidance on how these problems might be resolved.

We are grateful to *Petra Lehser, Lieselotte Lüdicke* and *Christa Wimmer* for their efficient and careful preparation of this complex manuscript for publication.

Freiburg i.Br./Bristol, December 1999

Kai Ambos/Andrew Sanders

Table of Contents

Prologue	v
<i>Albin Eser/Louise Arbour</i>	
Preface	vii
<i>Kai Ambos/Andrew Sanders</i>	
Abbreviations	xiii
Part I	
Introductory Papers	1
• The Legal Basis of the International Criminal Court, <i>Kai Ambos</i>	3
Les fondements juridiques de la Cour pénale internationale	41
Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional	81
• The Prosecutors of the International Tribunals,	
<i>Morten Bergsmo, Catherine Cissé, Christopher Staker</i>	121
Les Procureurs des Tribunaux internationaux	155
Part II	
National Reports	191
• Questionnaire / Cuestionario	193
• National Reports from A - Z:	
Argentina, <i>Gustavo Bruzzone</i>	197
Austria, <i>Otto Triffler</i>	207
Belgique, <i>Benoît Dejemeppe</i>	227
Brazil, <i>Ana Sofia Schmidt de Oliveira</i>	237
Canada, <i>Patrick Healy</i>	245
Chile, <i>Claudio Uribe Diaz</i>	251
China, <i>Feng Ye</i>	257
Colombia, <i>Eduardo Montealegre Lynett</i>	267
Costa Rica, <i>Daniel González Alvarez</i>	275
Czech Republic, <i>Miroslav Růžička</i>	281
Egypt, <i>Adel Omar Sherif</i>	291
England and Wales, <i>Andrew Sanders</i>	297

la valeur des biens doit être au moins récupérée. Une propriété ou le produit provenant de sa vente doivent être transférés à la Cour.

Conclusion

Le Statut de Rome représente une grande réussite, même s'il est susceptible d'être amélioré. Malgré de très fortes pressions politiques, il fut possible de mettre au point un Statut juridiquement cohérent, largement convaincant et même original. Grâce à lui, une nouvelle époque de droit pénal international commence, plus de 50 ans après Nuremberg. Un pas historique a été franchi d'un système juridique en grande partie non écrit à un système juridique codifié et effectif. Son efficacité dépend assurément, et avant tout, de l'adhésion d'un nombre aussi important que possible d'États. À cet égard, les dispositions concernant la coopération et l'assistance judiciaire montrent clairement que la Cour est tributaire de la volonté de coopération des États. La Cour peut appliquer le droit *uniquement avec les États et non pas contre eux*.⁵⁷

Afin que le Statut ne devienne pas un exemple supplémentaire de *lex imperfecta* en matière des droits de l'homme, les États sceptiques à l'égard de la Cour, en particulier les États-Unis, doivent aussi à long terme se rallier à sa cause.⁵⁸ Ils peuvent au début de l'année 1999 participer à l'établissement du Comité Préparatoire⁵⁹ s'ils ont signé l'Acte final de la Conférence. Les États-Unis l'ont fait. Il existe ainsi, mais pas uniquement en raison de cela, un espoir légitime qu'à long terme, les États-Unis et les autres États sceptiques à l'égard de la Cour se joignent à ce nouveau système universel de droit pénal.

57 Voir enfin à propos de la souveraineté des États comme obstacle principal à l'application du droit pénal en matière de droit humanitaire international, l'article du juge du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, *Cassese*, On the Current Trend towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law, 9 *European Journal of International Law* (1998), 2 et s.; idem, Reflections on International Criminal Justice, 61 *Modern Law Review* (1998), 1 et s. (9 et 10).

58 120 États ont voté pour le Statut, 7 étaient contre et 21 se sont abstenus. Le vote s'étant déroulé de manière anonyme (*non-recorded vote*) à la demande des États-Unis, c'est seulement à partir des prises de position ultérieures que l'on peut déterminer de quelle manière a voté chaque État. Sur cette base, il est certain, qu'aux côtés des États-Unis, la Chine, Israël, le Yémen, le Qatar, l'Irak et la Libye ont également voté contre le Statut. Se sont abstenus, l'Inde, les États de la Ligue Arabe (entres autres le Soudan, la Syrie, l'Iran, l'Égypte), Trinité-et-Tobago (à cause de la non-prise en compte des crimes liés à la drogue et de la peine de mort) et la Turquie. Voir la reproduction des prises de position des États après le vote dans UN-Press Release, supra note 39.

59 Voir supra note 9.

Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional

Un análisis del Estatuto de Roma*

Kai Ambos**

Introducción

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 13 Partes (*Parts*) que comprenden en total 128 artículos:

- Parte I: Del Establecimiento de la Corte (arts. 1-4);
- Parte II: De la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable (arts. 5-21);
- Parte III: De los Principios Generales del Derecho Penal (arts. 22-33);
- Parte IV: De la Composición y Administración de la Corte (arts. 34-52);
- Parte V: De la Investigación y el Enjuiciamiento (arts. 53-61);
- Parte VI: Del Juicio (arts. 62-76);

* Traducido por Miguel Angel Iglesias Río, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) y por Lucía Martínez Garay, Becaria de Investigación del Departamento de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España). Revisión por Oscar Julian Guerrero (Colombia), Becario de la Sociedad Max Planck, y el autor. (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".)

** El autor fue miembro de la Delegación alemana en Roma; este artículo refleja solamente su opinión personal.

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 (Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional) on 17 July 1998, UN-Doc. A/Conf. 183/9 (<http://www.un.org/icc>; 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 VII: De las Penas (arts. 77-80);
- Parte VIII: De la Apelación y la Revisión (arts. 81-85);
- Parte IX: De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial (arts. 86-102);
- Parte X: De la ejecución de la Pena (arts. 103-111);
- Parte XI: De la Asamblea de Estados Partes (art. 112);
- Parte XII: De la Financiación (arts. 113-118);
- Parte XIII: Cláusulas Finales (arts. 119-128).

La estructura del Estatuto no sigue criterios lógico-objetivos sino que representa el resultado de un proceso de discusión político-jurídico de muchos años, que estaba marcado por la búsqueda de soluciones susceptibles de consenso y de máxima predisposición de compromiso. Se trató, pero no podía llegarse a soluciones dogmáticamente maduras y jurídicamente libres de contradicción, tan sólo se llegó a 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 especialmente 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 necesario soluciones que superen los simples conocimientos de Derecho comparado.³

A continuación presentaremos una visión de conjunto del Estatuto, pues reservaremos un análisis dogmático más profundo para posteriores contribuciones. Hemos renunciado conscientemente a amplias referencias.⁴ Una exposición del Es-

³ De modo análogo, en conexión con las causas materiales de exclusión de la pena en el Derecho penal internacional, recientemente: *Nill-Theobald*, "Defences" bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Freiburg 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*, Nouvelles Études Pénales 13 bis. Toulouse 1998; *el mismo* (ed.), *Model Draft Statute for the ICC based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference*, Nouvelles Études Pénales 13 ter. Toulouse 1998; *Bassiouni* (ed.), *ICC Compilation of UN-Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference*, Rom 1998; *Lattanzi* (ed.), *The ICC. Comments on the Draft Statute*. Neapel 1998; *Human Rights Watch*, *Justice in the Balance. Recommendations for an Independent and Effective*

tatuto orientado de acuerdo con criterios lógico-objetivos puede asemejarse poco más o menos a como sigue:

- Organización y la financiación de la Corte y cláusulas finales (arts. 1-4, 34-52, 112-128);
- Requisitos de Competencia y Admisibilidad (arts. 11-19);
- Fundamentos jurídico-penales: principios generales (arts. 20-23) y crímenes (arts. 5-10);
- Fundamentos jurídicos del proceso penal: investigación (arts. 81-85); juicio (arts. 62-76) y recursos (arts. 81-85);
- Cooperación Internacional y Asistencia Judicial (arts. 86-102);
- Penas (arts. 77-79) y Ejecución de la pena.

I. Organización y financiación de la Corte y de las cláusulas finales⁵

1. Cuestiones de organización (arts. 1-4, 34-52)

Ya en la primera semana de la Conferencia de Roma pudo ser determinada La Haya como sede de la Corte Penal Internacional (CPI) (art. 3). La Corte es establecida como institución permanente con personalidad jurídica internacional (arts. 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 (art. 34 ss.):

- La Presidencia;
- Las Secciones judiciales: Sección de Apelación, de Primera Instancia y Cuestiones Preliminares;
- La Fiscalía, y
- La Secretaría.

ICC, New York 1998; *ELSA*, *Handbook on the Draft Statute for the ICC*. 2ª ed. Roma 1998; *Zimmermann*, *Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofs. Perspektiven und Probleme vor der Staatenkonferenz von Rom*, 58 *ZaöRV* 1998, 47 ss. Para el Estatuto de Roma, cf. el fascículo especial del 9 *Criminal Law Forum* (1999), 1 ss. y del *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.), (1998) vol. 6, 319 ss., así como *Kinkel*, *NJW* 1998, 2650; *Cafisch*, *NZZ* 8/9-8-1998; *Triffterer* (ed.), *Commentary on the ICC Statute*. Baden-Baden 1999.

⁵ Cf. con detalle *Jarasch*, *Establishment, Organization and Financing of the ICC*, (1998) 6 *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 325 ss.

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 una reelección.

De una lista A deben ser elegidos 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 un 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 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 ser elegidos 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, 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 ser garantizada especialmente 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 por un periodo 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, 44).

La *Secretaría* es competente para la Administración y Prestación de Servicios de la Corte. El Secretario de carrera será elegido por un periodo 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 está 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, aún 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 ser traducidas en todos estos idiomas las decisiones de capital significación (art. 50).

La CPI - al igual que los Tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia⁶ y Ruanda⁷ - mantendrá como fundamento jurídico adicional las *Reglas de Procedimiento y Prueba (rules of procedure and evidence)*.⁸ 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 1999⁹ y aprobadas o, en su caso, modificadas por la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios (art. 51).

Estas reglas pueden ser modificadas 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 pero 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 está en mora en el pago y no pueda invocar causas de fuerza mayor pierde su derecho de voto. La Asamblea debe reunirse, ordinariamente, cada año y también, excepcionalmente, por motivos especiales. Las decisiones deben adoptarse, en principio, por consenso.¹⁰

6 Vid. <<http://www.un.org/icty>>

7 Vid. <<http://www.un.org/icty>>

8 Para las Reglas del Tribunal de Yugoslavia, cf. *Ambos*, Strafverteidigung vor dem UN-Jugoslawiengerichtshof, NJW 1998, 1444.

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

10 Si esto no fuera posible, en caso de decisiones sobre cuestiones de fondo ("matters of 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.

2. Financiación y cláusulas finales (arts. 113-128)

La Corte se *financia* de las cuotas de los Estados Partes y de la ONU (especialmente en los procesos que lleguen a la Corte en base a 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 ser sometidas 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 ser sometidas 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*).¹¹

Una enmienda entrará en vigor después de la ratificación o adhesión de *siete octavos* de los Estados Partes. En el caso de que una Estado Parte no acepte la enmienda podrá denunciar el Convenio. Una regulación especial rige para los *crímenes* del art. 5 (para ello, infra III.2): 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 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

¹¹ 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 especialmente de los crímenes del art. 5 (art. 123).

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 admisibilidad¹²

1. Requisitos de competencia (arts. 11-16)

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

Los Estados partidarios de la Corte, en concreto también Alemania, en base a 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 los Estados Unidos, defendían la opinión de que debería distinguirse entre los delitos de genocidio y crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra. Ciertamente, en caso de *genocidio* podría ser aceptada 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* deberá ser competente la Corte cuando el Estado del lugar del hecho, del autor, de la víctima o de la custodia es Estado Parte o haya aceptado (ad 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 ha sido aceptado -con relación al segundo nivel - en el caso más extremo, únicamente el Estado del autor.¹³

¹² Cf. con detalle *Bergsmo*, The Jurisdictional Régime of the ICC, (1998) 6 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 345 ss.; *Kaul*, Special Note: The Struggle for the ICC's Jurisdiction, *ibid.*, 364 ss.

¹³ Cf. para estas propuestas, sobre todo el art. 7, 7 bis y 7 ter de los dos últimos Proyectos del Despacho de la Conferencia de 6-7-1998 (A/Conf. 183/C.1/L.53) y de 10-7-1998 (A/Conf. 183/C.1/L. 59). Cf. también *Zimmermann*, supra nota 4, 84 ss., así como *Kaul*, supra nota 12.

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).¹⁴ La solución presentada y finalmente también aceptada el último día de la Conferencia prevee 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*, una Estado Parte podrá, no obstante, emitir una declaración de que, durante un periodo de siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, no acepta la competencia de la Corte (denominada *opt-out*¹⁵). Tal declaración puede ser retirada en cualquier momento (art. 124).¹⁶
- 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 competencia, pues, cuando el Estado del lugar del hecho o de la acción es Estado Parte - con lo que no es preciso 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 aquellos situaciones en los que un caso es remitido por un Estado Parte a la Corte o el Fiscal investiga de *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 ONU, la competencia de la Corte se otorga *sin más* (art. 13 párr. (b)).

Además, el art. 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*).

14 Según información del Diario de la Conferencia "Monitor", N. 2, de 10-7-1998 el 79 % de los Estados estaban a favor de la Propuesta de Corea.

15 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 expresamente su sometimiento.

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

Como ya se ha indicado, un procedimiento ante la Corte puede ser iniciado por el Consejo de Seguridad ONU, por un Estado Parte o por investigaciones autónomas del Fiscal (art. 13, denominado *trigger mechanisms*).

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 párr. (b)). Dado que esta competencia resulta directamente de la Carta 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 ser mitigada 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 párr. 3 Carta de la ONU).

Una Estado Parte puede solicitar en todo momento al Fiscal que investigue una determinada situación. A la solicitud deberán adjuntarse pruebas suficientes (art. 13 párr. (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 la Administración en base a informaciones de cualquier fuente fiable, también de otras organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales (art. 13 párr. (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 podrán presentar también 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 únicamente podrá presentar una nueva solicitud en base a hechos o pruebas nuevos. Si el Fiscal constata antes ya 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 en base a 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 actuando de oficio. De este modo, se podría impedir un control político del Fiscal, tal como fue más o menos lo deseado por los 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 a lo que es usual en el Derecho procesal nacional.¹⁷

2. Requisitos de admisibilidad (arts. 17-19)

El art. 17 define el principio central, comprendido ya en el Preámbulo y en el art. 1, de *complementariedad*: la Corte sólo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. En principio, no estará permitido un procedimiento ante la CPI cuando esté tramitándose 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 incoe 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, en base a 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 antigua Yugoslavia y Ruanda, aquella puede llegar a intervenir sólo complementariamente respecto de la jurisdicción nacional. Esto debía desvirtuar incluso las consideraciones de los Estados con especial conciencia de soberanía pues finalmente 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.

¹⁷ Normalmente el control de la actividad de la Fiscalía - prescindiendo 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 en el *Zwischenverfahren* alemán, cf. *Ambos*, The Role of the Prosecutor of an International Criminal Court from a Comparative Perspective, The Review (International Commission of Jurists), núm. 58/59 (1997), 45 ss. (50 ss.), con ulteriores referencias.

La complementariedad se sitúa en el punto central tanto del art. 18, que afecta a los dictámenes prejudiciales de admisibilidad ("preliminary rulings regarding admissibility"), como del art. 19, que regula las impugnaciones de competencia y admisibilidad ("challenges to the jurisdiction or the admissibility"). El art. 19 abarca también las cuestiones de admisibilidad reguladas en el art. 18, por lo que los Estados proclives a la Corte siempre consideraron supérfluo el art. 18. El doble examen de admisibilidad ahora existente en el arts. 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 contra 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 art. 19 sólo en base a hechos adicionales significativos o a 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 fue postulada también por los Estados proclives de la Corte - como signo de su predisposición a transigir - rechazada, sin embargo, por los Estados Unidos. El empeño por restringir todo lo posible las oportunidades de impugnación procesal en el procedimiento preliminar se muestra también en el art. 19 párr. 4, según el cual la admisibilidad puede ser impugnada una sola vez por una persona o por un Estado.

Conforme al procedimiento del art. 18, el Fiscal - en el caso de una remisión de un Estado (art. 13 párr. (a), en relación con el art. 14) o de investigaciones de oficio (art. 13 párr. (c), en relación con el 15) - deberá informar (confidencial o restringidamente), 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 aún cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no hubiera autorizado tales investigaciones. Una remisión al ámbito de competencia estatal podrá ser revisada 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 art. 19 la Corte ha de examinar *ex officio* 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 ser presentada, en principio, antes de la iniciación del juicio. Antes de la ratificación de los cargos

inculpativos 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 art. 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 inadmisibles un asunto conforme al art. 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 art. 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-penales:¹⁸ principios generales y tipos de delitos

1. Principios generales (arts. 20-33)

La expresión principios generales (*general principles*) en la Parte Tercera del Estatuto induce a error, pues este Parte no sólo contiene principios generales en sentido propio (para ello, a)), sino también reglas de imputación, es decir disposiciones para la responsabilidad jurídico penal personal (b) y causas de exclusión de la pena (c)). 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).¹⁹

a) Principios generales en sentido propio (arts. 20-24)

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

El art. 21 preve una *jerarquía del Derecho aplicable*: en primer lugar, deben aplicarse el Estatuto, los elementos del delito (aún por definir) (art. 9, para ello infra)

¹⁸ Cf. con detalle *Ambos*, General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, 9 Criminal Law Forum (1999), 1 ss.; *Sunga*, The Crimes within the Jurisdiction of the ICC, (1998) 6 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 377 ss. (para los tipos de delitos).

¹⁹ Cf. art. 28 *Draft Statute for the International Criminal Court*, UN-Doc. A/Conf. 183/2/Add. 1, 14-4-1998, (en: *Bassiouni*, Compilation, supra nota 4, 7-128). Cf. también *Schabas*, General Principles of Criminal Law in the ICC Statute, (1998) 6 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 400 ss.

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 ser determinada por criterios nacionales, racistas, políticos o de otra índole no objetiva.

Un procesado puede invocar el *principio ne bis in idem* cuando haya sido ya 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 expresamente en cada una de sus cuatro actuaciones (arts. 22-24): 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*)²⁰ 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 inculcado. En caso de modificaciones del Derecho antes de que se dicte sentencia debe aplicarse la ley más beneficiosa para el acusado.

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

b) Responsabilidad penal individual (arts. 25, 28, 30)²¹

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 privadas²² - por las razones siguientes:

²⁰ En este contexto ha de remitirse al ya mencionado art. 11, según el cual la Corte es *competente* sólo para crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto.

²¹ Cf. para ello, desde la perspectiva jurisprudencial: *Ambos*, Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law, en: G.K. MacDonald/O. Swaak-Goldman (Eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law - The experience of International and National Courts. 1999 (próximamente).

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 está universalmente reconocida ni existen reglas de imputación consensuadas.²³

Como *formas de autoría* son reconocidas 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* están previstas 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 en base a una finalidad común (art. 25 párr. 3(d)).

Tal contribución al hecho deberá ser realizada intencionalmente y con el objetivo de facilitar la actividad criminal o el fin criminal del grupo o con conocimiento de la intención criminal del grupo (art. 25 párr. 3(d)). Este precepto es una propuesta de compromiso relativa a un Convenio sobre Terrorismo²⁴ recientemente aprobado, en conflicto con el originario precepto de *conspiracy*²⁵ 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 ser delimitada en este sentido de la simple complicidad en el sentido del art. 25 párr. 3(c).

Con relación al *genocidio* se adoptó el tenor literal de la Convención correspondiente (art. III (c))²⁶ y se sometió a pena la inducción directa y pública a la comi-

22 Cf. la última propuesta de compromiso de Francia: UN-Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPP/L.5 (3-7-1998).

23 Cf. recientemente Eser/Huber/Cornils (Eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Freiburg 1998.

24 Cf. art. 2 párr. 3(c) de la *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, aprobado en New York el 9-1-1998, en: 37 ILM (1998), 249.

25 Art. 23 párr. 7(e), especialmente (ii) Draft Statute, supra nota 19.

26 BGBl. 1954 II 730. Cf. para ello, Lemkin, *Genocide as a crime under International Law*, 41 AJIL (1947), 145; Kunz, *The United Nations Convention on Genocide*, 43 AJIL (1949), 738, 742 ss.; Jescheck, 66 ZStW (1954), 193, 203 ss., con ulteriores referencias; cf. también Ambos, Anmerkung zu BayObLG 3 St 20/96, NJW 1998, 392 ss.; NSZ 1998, 138 ss., con ulteriores referencias.

sión 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.

Finalmente, 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 art. 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*.²⁷

Al *comandante militar* (de hecho) se le imputan los crímenes de grupos que estén bajo su control efectivo que hayan sido cometidos como consecuencia de la falta de desempeño de este control, cuando o sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometen tales delitos y ha omitido 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, especialmente, 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 redundan en reproche para el jefe militar.

La responsabilidad de *cualesquiera otros superiores (civiles)* se diferencia de esto en una doble perspectiva. De una, desde el plano subjetivo, se exige una especie de imprudencia *consciente* en el sentido del criterio tradicional "wilfully blind",²⁸

27 En efecto, el Tribunal de Yugoslavia ha ampliado ya esta dogmática en las Decisiones - Regla 61 sobre los comandantes de facto, cf., por ejemplo, ICTY-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Radovan Karadžić/Ratko Mladić*. Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Cases Nos. IT-95-5-R- 61/IT-95-18-R 61, 11-7-1996, para. 42, 65-85; ICTY-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Dragan Nikolić a/k/a "Jenki"*. Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Case No. IT-94-2-R 61, 20-10-1995.

28 Art. 28 párr. 2(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

por tanto, más que la simple imprudencia. Desde la perspectiva objetiva se destaca (una vez más) expresamente, 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.

El art. 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*²⁹ sobre las que se asienta el saber y el querer. Esto debe ser aclarado 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.

c) *Causas de exclusión de la pena (arts. 26, 27, 29, 31-33)*³⁰

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 art. 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

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.

²⁹ Por "recklessness" se entenderá un grado más elevado de imprudencia, en el sentido de imprudencia consciente (cf. § 2.02(2)(c) MPC, supra nota 28; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I (1986), § 3.7, 325 ss.; *Fletcher*, Rethinking Criminal Law (1978), § 6.5.2, 442 ss.; también *Weigend*, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981), 657, 673 ss.

³⁰ Sobre ello, recientemente de forma comprensiva, *Nill-Theobald*, supra nota 3, passim.

crímenes que recaen en la competencia de la Corte no están sujetos a prescripción (art. 29). Finalmente, se exceptúa también la consideración a la exención o atenuación de la pena de un determinado *cargo oficial*, especialmente, como Jefe de Estado o de Gobierno, o de las *normas de inmunidad* o normas de procedimiento especiales (art. 27).

En las restantes disposiciones son reguladas las clásicas causas de justificación y de exculpación, para lo que únicamente se consagran disposiciones específicas al *error* (art. 32) y al *actuar por orden* (art. 33). El art. 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 art. 31 párr. 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 art. 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)) han sido reconocidos 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; finalmente fue incorporada a instancias especialmente de los 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 apreciarse una causa de legítima defensa.

En contra de la jurisprudencia del Tribunal de Yugoslavia en *Erdemović* se reconoce también el *estado de necesidad coactivo* ("duress" art. 31 párr. 1(d)).³¹ De este modo se diferencia entre amenazas por otras personas o en base a 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 situado 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 no.³²

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 consciente y voluntariamente.

Problemático se hace en caso de una *valoración jurídica defectuosa* que afecta a un principio de permisón: 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 permisón* o bien *error de prohibición indirecto*), podía 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

31 ICTY-Appeals Chamber, *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, Judgment, Case No. IT-96-22-A, 7-10-1997, para. 19 and disposition 4. Cf. especialmente *en contra* de la duress la fundamentación de *McDonald/Vohrah*, párr. 59 ss. (66 ss., 72, 75, 78, 88). Más convincente *en favor* de la duress, sin embargo, *Cassese*, párr. 11 ss. (12, 16-7, 21 ss., 41 ss., 49-50). Cf. también *Swaak-Goldman*, 92 AJIL (1998), 282; *Ambos/Ruegenberg*, Internationale Rechtsprechung zum Straf- und Strafverfahrensrecht, NSZ-RR, 1998, 161, 167 ss.

32 Cf. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I, 1986, § 5.1, 575 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law, 8th ed. 1996, p. 83 ss.; cf. también *Watzek*, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Freiburg 1997, p. 275 ss.

un soldado comete un crimen de guerra a causa de una agresión putativa contra su vida (*error de tipo de permisón*). Aquí, se puede admitir incluso un *mistake of fact*.³³

Con el *actuar por orden*³⁴ 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 manifestamente ilícita (art. 33). Esto es válido en efecto según el art. 33 párr. 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 las 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 fundamentando la culpabilidad, una defensa refutable deberá probarla el Fiscal.

En los (difíciles) debates en torno a este precepto fue ya objeto de controversia si merece un artículo específico o si debía ser integrado en el art. 31 (así, la propuesta de los Estados Unidos). Por encima de ello, existía una discusión importante sobre las consecuencias jurídicas de un actuar por orden: los Estados Unidos defendieron en una sesión informal de los debates la opinión de que un actuar por orden era una "substantive defence", por tanto, representaba una causa de justificación o de exculpación. Esto se rechazó por el resto de delegaciones en vista al Derecho de Nuremberg, especialmente el art. 8 del Estatuto de la Corte Militar Internacional,³⁵ así como la praxis del Tribunal ad hoc para Yugoslavia y Ruanda.³⁶ Estas delegaciones, entre ellas la alemana, han aprobado 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

33 En conjunto corresponde al art. 32 § 2.04 MPC, supra nota 28, así que está justificada la crítica de *Fletcher* (Basic Concepts of Criminal Law, 1998, 148 ss.). N.T.: Existe una versión al castellano con el título "Conceptos básicos de Derecho penal", prólogo, traducción y notas de *Francisco Muñoz Conde*, Tirant lo Blanch Valencia 1997.

34 Para la situación jurídica, recientemente *Ambos*, Zur strafbefreienden Wirkung des "Handelns auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht, JR 1998, 221 ss.; cf. también *Eser*, en: Triffterer (ed.), supra nota 4.

35 UNTS 82, 280; *versión alemana* en: *Hankel/Stuby* (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, 1995, p. 156 ss.

36 Cf. art. 7 párr. 4 del Estatuto del Tribunal de Yugoslavia (Res. 827/1993, UN-Doc. S/RES/827, en: 14 HRLJ 1993, 221 ss.; ZaöRV 1994, 434 ss.) y el equivalente art. 6 párr. 4 del Estatuto del Tribunal de Ruanda (Res. 955/1994, UN-Doc. S/RES/955).

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.

2. Tipos de crímenes (arts. 5-10)

Los tipos de crímenes están definidos en los arts. 5-8. Estos preceptos no deben de ningún modo limitar o prejuzgar el Derecho Internacional existente (art. 10).

En base a la petición de los Estados escépticos a la Corte, especialmente los Estados Unidos, fue incorporado además el art. 9, según el cual deben ser definidos por la Asamblea de los Estados Contratantes otros elementos del delito (*elements of crime*) para los crímenes establecidos en los arts. 6-8. 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 ser impedido, sin embargo, por los Estados partidarios de la Corte, puesto que el art. 9 fue reducido a una exigencia relativamente facultativa de sustentar la CPI en la interpretación y aplicación de los arts. 6-8 a través de los elementos. Esto posee sentido en la práctica sólo con respecto de la agresión aún no definida.

El crimen de *agresión* ha sido incorporado en el Estatuto a reserva de una posterior definición (art. 5 párr. 1(d)).

La definición de *genocidio* corresponde al art. II de su homóloga Convención de 1948 (arts. 5 párr. 1(a) y 6).³⁷ La participación en él ha sido incluida, como ya hemos dado cuenta, en el art. 25 párr. 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 (arts. 5 párr. 1(b), 7). Este elemento subjetivo supera las actuales exigencias del Derecho Internacional,³⁸ pues se desprende ya del art. 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. Con relación a las particulares formas de crimen que son definidas con detalle en el art. 7 párr. 2, llama especialmente la atención la deportación o

³⁷ Cf. ya supra nota 26.

³⁸ El art. 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, UN-Doc., A/51/10) no contiene esta exigencia sino la de una participación estatal de otros colectivos.

traslado forzoso de la población,³⁹ hechos de violencia sexual (por ejemplo, embarazo y esterilización forzados), la desaparición de personas así como el apartheid. Junto a ellos, son incorporados también hechos que son indiscutibles desde el punto de vista de la costumbre del Derecho Internacional.⁴⁰ La enumeración no es concluyente, pues también son incluidos "otros actos inhumanos de carácter similar" (art. 7 párr. 1(k)).

Con relación a 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, que han sido perpetrados como parte de un plan o de una política o de una comisión masiva (art. 5 párr. 1(c), art. 8 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, art. 8 párr. 2(c), así como cualesquiera otras violaciones graves de las leyes y usos de guerra, art. 8 párr. 2(b) y aquellos delitos que son cometidos durante un conflicto *dentro de un país* (art. 3, común a los Convenios de Ginebra, art. 8 párr. 2(c), así como violaciones graves de leyes y usos de guerra que encuentran aplicación en un conflicto armado interno, art. 8 párr. 2(e)). La protección relativamente detallada vinculada a ello está *limitada* en efecto por el hecho de que, en relación al art. 8 párr. 2(e) - excediendo la limitación del art. 1 párr. 2 del Segundo Protocolo Adicional (PA II) - se determina expresamente que este precepto encuentra aplicación sólo en conflictos armados entre tropas gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos (art. 8 párr. 2(f)). Así, son excluidos 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 art. 8 párr. 2(f). De aquí se desprenderán problemas de interpretación y de delimitación. Finalmente, el art. 8 párr. 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 había descansado sobre un expediente compatible con el Derecho Internacional y, en cuanto tal, había tratado de evitar una contradicción valorativa directa con las reglas de refuerzo penal en las letras (c) y (d) del conflicto interestatal.

³⁹ Debido a este tipo, Israel votó en contra del Estatuto (cf. UN-Press Release, L/Rom/22, <http://www.un.org/icc>).

⁴⁰ Cf., por ejemplo, *Zimmermann*, supra nota 4, 63, declara la duda (fundada) con relación a la desaparición.

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, la Corte puede imponer sanciones administrativas, por ejemplo, el alejamiento temporal o permanente de la Sala de la Corte o una pena de multa.

IV. Fundamentos jurídicos del proceso penal:⁴¹ investigación, juicio y recursos

1. Investigación (arts. 53-61)

a) Iniciación

El Fiscal examina - tras la presentación de un asunto a través del Consejo de Seguridad de NU, un Estado parte o *ex officio*⁴² - 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 político-criminalmente contraproducentes. Una inadmisión del proceso basada en él ha de ser confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 53 párr. 3(b)).

El Fiscal debe informar de su decisión al Consejo de Seguridad de NU, al Estado interesado y a la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Cuestiones Preliminares puede, a petición del Consejo de Seguridad de NU o del Estado interesado, examinar la decisión y pedir al Fiscal una nueva consideración. El Fiscal puede

⁴¹ Vid. más detalladamente Behrens, *Investigation, Trial and Appeal in the ICC Statute*, (1998) 6 Eur.J.Crime Cr.L., 429 ss.

⁴² Vid. ya supra II.1. (en especial sobre el control a través de la Sala de Cuestiones Preliminares).

reconsiderar en cualquier momento su decisión sobre la base de nuevos hechos o pruebas.

b) 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 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 V.) o sobre la base de la correspondiente autorización de la *Sala de Cuestiones Preliminares* de conformidad con el art. 57 párr. 3(d).

Además la Sala de Cuestiones Preliminares, es decir, por regla general un magistrado,⁴³ 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, 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

⁴³ Sólomente las decisiones que afectan a la competencia formal y políticamente delicadas han de ser adoptadas por la mayoría de los magistrados (vid. art. 57 párr. 2(a)).

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 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 2.)

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 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 ha fundamentado 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 ser considerado inocente hasta la condena, y que por ello la detención provisional solamente puede cumplir una función de aseguramiento del proceso.

La orden de detención dictada - a solicitud del Fiscal - ha de identificar suficientemente al sospechoso, describir los supuestos crímenes y contener una descripción detallada de los hechos (art. 58 párr. 3). Puede ser modificada 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 ser atendida si existen circunstancias "urgentes" y "excepcionales" que lo justifiquen, y si el cumplimiento de la obligación de entrega puede ser garantizado 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 ser tenidas en cuenta. Si se accediera a la solicitud, la Sala de Cuestiones Preliminares puede solicitar informes periódicos al Estado de detención.

En cuanto el *imputado* haya sido *entregado* al tribunal, la Sala de Cuestiones Preliminares ha de examinar si fue suficientemente informado 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 art. 58 párr. 1 (art. 60 párr. 2). La Sala de Cuestiones Preliminares ha de revisar periódicamente 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. Posteriormente puede dictar una (nueva) orden de detención para asegurar la presencia del imputado puesto en libertad (art. 60 párr. 3-5).

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.

c) 4. 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 ser realizada por principio en presencia del imputado, del Fiscal y del defensor.

La presencia del imputado no es necesaria cuando renuncia 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 imputan y de las pruebas existentes.⁴⁴

El Fiscal ha de probar suficientemente 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 nuevamente 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 únicamente puede retirar cargos. Órdenes judiciales ya dictadas respecto a 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.

2. El juicio (arts. 62-76)

a) 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, 63 párr. 1).

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 con respeto de los derechos del acusado y de los intereses de víctimas y testigos (art. 64 párr. 1, 2).

⁴⁴ También ha de ser informado con antelación razonable ("reasonable notice") de modificaciones - posibles hasta el inicio del confirmation hearing - de los cargos.

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 párr. 3-7) por razones de protección de víctimas o testigos, o de protección de informaciones confidenciales (sobre esto más detalladamente 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. Éste ha de velar por el orden y la documentación completa de las actuaciones (art. 64 párr. 8-10). El desarrollo sin incidentes del juicio debe verse asegurado también a través de los delitos contra la administración de justicia ya mencionados (supra III.2.).

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) 1. frase en relación con 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 ha sido realizada voluntariamente 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 inmediatamente - 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 ser remitida 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 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 vídeo 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 es sabido han jugado un papel importante en el proceso Blaškić ante el Tribunal para Yugoslavia.⁴⁵ 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 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 (nuevamente) 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 está cumpliendo 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 NU. 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).

⁴⁵ ICTY-Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of the Trial Chamber II of 18-7-1997, Case No. IT-95-14-AR108bis, 29-10-1997; sobre ello *Ambos/Ruegenberg*, supra nota 31, 169; desde una perspectiva de derecho comparado *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, (1998) 6 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., supra nota 4, 3 ss.

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 art. 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.

b) 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, será comunicado oral y públicamente.

Si se dicta un fallo condenatorio, la Corte ha de fijar inmediatamente 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, vid. 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.1.).

c) (Demás) derechos de los intervinientes en el proceso

Los derechos del *acusado* se corresponden con el standard general de los Derechos Humanos (arts. 66, 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 (vid. ya supra 1.b));
- disponer de un intérprete;
- derecho completo a guardar silencio, que no puede ser utilizado en contra del acusado;
- prohibición de la inversión de la carga de la prueba.

Según el art. 68 la Corte ha de adoptar las medidas necesarias para la *protección de víctimas y testigos*. Esto es aplicable especialmente 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 ser presentada 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. 81-85)

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 estar conociendo 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 art. 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 ser adoptada 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 anteriormente, 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 art. 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 tribunal,⁴⁶ y no se determina la culpabilidad o inocencia del detenido.

V. Cooperación internacional y asistencia judicial (arts. 86-102)⁴⁷

1. Generalidades

También en este ámbito resultaban inconciliables las posiciones de los Estados escépticos y 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 serán dirigidas por vía diplomática o a través de Interpol al Estado respectivo (art. 87).⁴⁸ También en el ámbito de la cooperación debe tenerse en cuenta la protección a víctimas y testigos. El derecho procesal interno deberá ser adaptado 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 igualmente - aunque sin una constatación en el sentido mencionado - a la Asamblea de Estados Partes o en su caso al Consejo de Seguridad. También organizaciones interestatales pueden tomar parte en la cooperación (art. 87).

2. La entrega como forma más importante de cooperación (arts. 89-92)

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 únicamente pue-

⁴⁶ Vid. recientemente el sobreesimiento de 14 casos por el Tribunal para Yugoslavia (ICTY-Bulletin 21, 27-7-1998, 4; FAZ 11-5-1998, 7).

⁴⁷ Vid. más detalladamente Krefß, Penalties, Enforcement and Cooperation in the ICC Statute, (1998) 6 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 442 ss.

⁴⁸ Deben estar redactadas 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.

de imponerse, en principio, por los hechos consignados en la solicitud de entrega (*principio de especialidad*),⁴⁹ pero los Estados partes pueden renunciar a este requisito a solicitud de la Corte (art. 101).⁵⁰ 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).⁵¹ Para ello hay que distinguir en cada caso entre que el Estado requerido sea o no parte.

En el caso de que sea un *Estado parte*, la solicitud de la CPI tendrá prioridad si la CPI ha determinado la admisibilidad (arts. 18, 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 art. 90 párr. 3, el Estado requerido sólo puede dar curso a la solicitud de extradición una vez que la CPI haya denegado la admisibilidad.

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 interés del Estado requirente en la extradición porque el crimen haya sido cometido en su territorio; 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 perseguido por 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.

⁴⁹ Ello no excluye una valoración *jurídica* diferente de los mismos hechos (vid. Krefß, supra nota 47).

⁵⁰ Si la persona buscada invoca el principio *ne bis in idem*, la entrega sólo podrá ser aplazada 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 art. 20 párr. 3); en caso contrario ha de cumplirse la solicitud (art. 89 párr. 2).

⁵¹ 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 (civil law) en que existen prohibiciones constitucionales de extradición de algunos nacionales en el sentido del art. 16 GG. (N.T.: Las siglas "GG" corresponden a "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland", y se refieren a la Ley Fundamental alemana de 1949.)

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 art. 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 a 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.

3. Otras formas de asistencia (arts. 93, 96)

Junto a ello, la Corte puede formular a Estados partes - igualmente por escrito (art. 96)⁵² - otras muchas solicitudes de asistencia, en tanto éstas no estén prohibidas por el derecho del Estado requerido (art. 93).⁵³ 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,

52 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).

53 Vid. art. 93 párr. 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.

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 sólo puede denegar una solicitud de asistencia en atención a sus intereses de seguridad nacional en el sentido del art. 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 a 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).

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 haberse llevado 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 art. 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).

4. Cumplimiento de las solicitudes de asistencia e impedimentos (arts. 99, 94, 95, 97, 98)

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.1) - 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 fue cometido en el territorio del Estado parte requerido y ha sido afirmada la admisibilidad del proceso de acuerdo con los arts. 18, 19. En todo caso, la persona interrogada puede alegar la protección de intereses de seguridad nacional en el sentido del art. 72.

El art. 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 acabada de describir - que estas solicitudes sólo pueden ser ejecutadas 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 Estatuto.⁵⁴

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 art. 93 párr. 1(j). También puede aplazarse la ejecución cuando esté pendiente una *impugnación de la admisibilidad* según los arts. 18, 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.2.) - sólo puede cumplir una solicitud de asistencia cuando el tercer Estado renuncie a sus derechos de inmunidad o demás derechos.

Según el art. 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.).

⁵⁴ Vid. *Kreß*, *supra* nota 47.

VI. Penas y ejecución de las penas⁵⁵

1. Penas (arts. 77-79)

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 detalladamente *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 art. 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 curso 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 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 art. 80 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.

⁵⁵ Vid. más detalladamente *Kreß*, *supra* nota 47.

2. Ejecución de la pena (arts. 103-111)

Esta parte ha planteado relativamente pocos problemas y es por ello también fácilmente comprensible. En principio la pena ha de ser ejecutada 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 art. 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 ser designado un Estado de ejecución, la ejecución de 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 1.) 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 periódicamente (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).⁵⁶ 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 art. 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 la fuerte presión política se ha conseguido ofrecer un Estatuto jurídicamente coherente y en muchos aspectos convincente, incluso original. Con ello ha dado 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*.⁵⁷

⁵⁶ Este traslado ha de ser financiado en principio por uno de los Estados mencionados, sólo subsidiariamente por la Corte (art. 107 párr. 1, 2).

⁵⁷ Vid. últimamente sobre la soberanía estatal como obstáculo principal a la realización penal del derecho internacional humanitario la contribución del magistrado del ICTY *Cassese*, On the Current Trend towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law, 9 European Journal of International Law (1998), 2; *el mismo*, Reflections on International Criminal Justice, 61 Modern Law Review (1998), 1 (9-10).

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, especialmente a EEUU.⁵⁸ Pueden participar en el comité de preparación⁵⁹ que ya comenzó sus trabajos a principios de 1999, si firmaron la declaración final de la Conferencia. EEUU lo hizo. Por ello entre otras cosas existe a largo plazo la esperanza fundada de que también EEUU y los demás Estados escépticos se sumen a este nuevo sistema penal universal.

58 120 Estados votaron a favor del Estatuto, 7 en contra y 21 se abstuvieron. Puesto que se trató, como había solicitado EEUU, de una votación anónima (*non-recorded vote*), únicamente puede deducirse a partir de actitudes posteriores el sentido del voto de cada Estado. Según eso, puede partirse con seguridad de que junto a EEUU 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, Egipto), Trinidad y Tobago (por la no inclusión de los delitos de drogas y de la pena de muerte) y Turquía. Vid. la reproducción de las posiciones de los Estados tras la votación en UN-Press Release, supra nota 39).

59 Vid. ya supra nota 9.

The Prosecutors of the International Tribunals: The Cases of the Nuremberg and Tokyo Tribunals, the ICTY and ICTR, and the ICC Compared*

Morten Bergsmo, Legal Adviser, ICTY

Catherine Cissé, Legal Officer, ICTR

Christopher Staker, Legal Adviser, ICTY

Introduction

On 15 December 1997, the United Nations General Assembly decided that a United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court should be held in Rome from 15 June to 17 July 1998. The aim was to reach agreement on the adoption of a multilateral treaty for the establishment of a permanent International Criminal Court for the enforcement of international criminal law. Following intense and careful negotiations in Rome over this five-week period, the outcome was the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC Statute), adopted by the Diplomatic Conference on 17 July 1998.¹

Proposals for a permanent International Criminal Court (ICC) have a relatively long history. The final initiative leading to the adoption of the ICC Statute dates from 1989, when the United Nations General Assembly requested the International Law Commission (ILC) to resume work on a Statute of an ICC. The ILC finalised its draft Statute in July 1994. The General Assembly subsequently convened an Ad Hoc Committee on the Establishment of an ICC, which met twice in 1995, followed by a Preparatory Committee (PrepCom) on the Establishment of an ICC which met at a number of sessions between 1996 and 1998. The final ses-

* A paper prepared for the Prosecutor of the ICTY and ICTR, revised January 1999. This is a revised version of a paper that was presented to participants at the Workshop in May 1998. It has been updated to take account of the subsequent developments at the Rome Conference.

1 A/CONF.183/9.

Resumen comparativo de los informes nacionales*

Kai Ambos

Cuestiones preliminares

Con este trabajo se pretende ofrecer una visión comparada del estatus, función y responsabilidad del Fiscal (General) a partir de los informes nacionales (33) que fueron elaborados para la jornada internacional sobre "La independencia y responsabilidad del Fiscal de un Tribunal Penal Internacional Permanente".¹ En aras al logro de una exposición sistemática, el trabajo distingue entre tres principales modelos de proceso penal, si bien se reconoce que no todos los modelos nacionales se encuentran claramente en una u otra categoría de las señaladas, y así, para poder comparar entre unos y otros, se ha realizado la siguiente clasificación (países por orden alfabético):

- *Common Law* (este grupo incluye los países del Common Law y otros países con procedimiento contradictorio - adversarial procedure -): Canadá, Inglaterra y Gales, Israel, Japón/Corea del Sur,² Mauricio, Nigeria, Pakistán, Singapur, Sudáfrica y Estados Unidos de América.³

* Agradezco especialmente a Holger Barth e Thomas Richter (ambos del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional), Juan-Luis Gómez Colomer (España), Niko Keijzer (Holanda), Chris Staker (Oficina del Fiscal), Andrew Sanders (Reino Unido) y a Steve Thaman (USA) sus valiosos comentarios. El texto fue revisado y puesto al día para su publicación en enero de 1999. Traducido por Fernando del Cacho.

1 Véase Kai Ambos, The role of the prosecutor of an ICC from a comparative perspective, The Review (International Commission of Jurists) 58-59 (december 1997), en págs. 45-56 se examinan los artículos 23, 26 y 27 del Anteproyecto del ILC de 1994 desde una perspectiva comparada.

2 El tradicional modelo inquisitorio japonés ha sido convertido tras la Segunda Guerra Mundial en un procedimiento contradictorio mejorado. El modelo japonés ha sido adoptado en Corea del Sur.

3 Véanse los informes de Patrick Healy, Andrew Sanders, Kenneth Mann, Koji Tabuchi, Yang-Kyun Shin/Hungyu Lee, Eddy Balancy, A.O. Adekunle, S.M. Zafar, Sowaran Singh, Jan de Olivera, John Michelich y Donald C. Smaltz (sobre el Fiscal independiente).

- *Civil Law* (este grupo incluye aquellos países cuyo procedimiento parte históricamente del modelo inquisitivo y está basado en el *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 francés), distinguiéndose entre

- países con Juez de Instrucción (*juge d'instruction*) basado en el modelo francés: Bélgica, Egipto, España, Francia, Holanda, Mali, Ruanda y Senegal.⁴
- países con modelo acusatorio (*prosecutorial*):⁵ Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Colombia, Costa Rica, la República Checa, Chile, Finlandia,⁶ Georgia, Hungría, Italia y Rusia.⁷

- *Sui Generis*: República Popular de China.⁸

Preguntas

1. ¿Quién es el máximo representante de la acusación (chief prosecutor) (un juez, un miembro del Gobierno, un funcionario público, un cargo independiente, etc.) y de qué órganos depende (ejecutivos, judiciales)? ¿Cómo se elige? ¿Cómo puede ser removido de su cargo?

La dificultad de responder a esta pregunta estriba en que el concepto de "chief prosecutor" no encuentra traducción precisa en todos los modelos.

a) Modelos del Common Law

Según algunos informes, el máximo responsable de la acusación es generalmente el Fiscal General (Attorney-General) (USA, Canadá, Israel, Singapur; menos claro

4 Véanse los informes de Benoît Dejemeppe, Jean Cédras, Adel Omar Sherif, Modibo Konate, Nico Keijzer, Simeon Rwagasore, Cheikh Faye y Juan-Luis Gómez Colomer.

5 Aunque en algunos de estos países (por ejemplo Austria y Argentina) sí hay Juez de Instrucción, deben ser clasificados como modelos acusatorios en cuanto que mencionado Juez sólo controla los resultados de la investigación llevada a cabo por el Fiscal y la policía, esto es, se trata más bien de un juez de control (en el Proyecto de Chile se le denomina juez de control de la instrucción).

6 El modelo finlandés es bastante peculiar: históricamente vuelve al procedimiento tradicional ruso pero actualmente tiene algunos elementos del contradictorio.

7 Véanse los informes de Otto Triffler, Gustavo Bruzzone, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Claudio Uribe Díaz, Eduardo Montealegre Lynett, Daniel González Alvarez, Miroslav Ruzička, Dan Frände, Alexandre Shushanashvili/Georgi Glonti, Peter Morré, Giulio Illuminati, Kálmán Györgyi y Ludmila Obidina. En Rusia es de observar sin embargo, que la introducción del jurado en 1993 implica una reforma del Código de procedimiento penal que aumenta la tendencia hacia el contradictorio.

8 Véanse el informe de Feng Ye; con mas información de Thomas Richter.

Nigeria, véase más abajo). Sin embargo, pocas veces interviene en la acusación al ser normalmente miembro del Gobierno y encontrarse a cargo del Ministerio de Justicia.

En Canadá se trata también de un miembro electo del Parlamento. En Sudáfrica hay todavía 11 Fiscales Generales (para cada Provincia) quienes - desde la Ley del Attorney-General de 1992 - son cargos independientes; lo mismo es de aplicación a los asistentes profesionales respecto a sus tareas de acusación y persecución delictiva. Sin embargo, la nueva constitución intenta adoptar el modelo británico convirtiendo a los Fiscales Generales en Directores de la acusación pública. En Pakistán, aunque el concepto de chief prosecutor es desconocido, la acusación de delitos federales está en manos del Fiscal General y sus fiscales; se trata de "siervos del Gobierno". El ambivalente estatus del Fiscal General entre el Ejecutivo y el Judicial se encuentra mejor descrito en el informe de Israel en el que se señala expresamente su consideración de "cuasi cargo judicial" (lo mismo es de aplicación al Fiscal General en Japón y en Corea).

Otros informes (Inglaterra y Gales, Mauricio) muestran que el chief prosecutor es el Director de las Acusaciones Públicas (Director of Public Prosecutions - DPP), cargo independiente y empleado público (que puede ser solicitor or barrister). De acuerdo con el modelo británico, el DPP es cabeza del Crown Prosecution Service (CPS), y asimismo nombrado por el Fiscal General (Attorney-General) y responsable ante el mismo.⁹ De este modo, modelos con un CPS y un DPP tienen también un Fiscal General (sólo barrister) como funcionario administrativo superior; se trata siempre de un miembro del Gobierno.

Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, el concepto de "chief prosecutor" está lejos de ser claro. Esto es más evidente en el informe de Nigeria en cuanto identifica "chief prosecutor" con Fiscal General a pesar de que actualmente la acusación descansa, como en el modelo británico, en manos de un DPP. En Pakistán el concepto de "chief prosecutor" ni siquiera existe.

Dependiendo de la estructura administrativa del Estado en cuestión, el Fiscal General (Attorney-General) puede tener limitada su competencia a nivel nacional. Así ocurre en modelos federales (como US y Canadá, pero también en Pakistán y Nigeria) donde la jurisdicción federal se limita a los delitos federales (aprobado por el Parlamento nacional) y el Estado en cuestión o la jurisdicción provincial entiende de los delitos comunes cometidos a nivel provincial. En Sudáfrica hay 11

⁹ Recientemente se ha puesto de manifiesto que el DPP británico dejará de funcionar tan pronto como se le nombre un sucesor. La "Dame" Barbara Mills se retira porque se ha criticado el hecho de que en 1993 se reorganizara el CPS, entendiéndose que fue "un error" por estar la organización "demasiado centralizada y burocratizada" (*Guardian Weekly*, 7.6.1998-4).

Attorney-General por cada división provincial del Tribunal Supremo (High Court) y sin embargo no existe Attorney-General a nivel nacional. El CPS británico está organizado también a nivel regional y local.

Además de sus funciones de acusación, el Attorney-General es consejero-jefe del Gobierno y puede representarlo en procesos a nivel internacional, por ejemplo, en casos de extradición (véase entre otros Canadá, Israel y Mauricio).

No debe olvidarse que se trata también de una institución jerárquicamente organizada. En el caso de US, el Attorney-General es asistido por Deputy Attorneys-General (suplentes) y los 94 US Attorneys de los distritos, quienes dirigen el trabajo de los Assistant Attorneys (asistentes). En la mayoría de los Estados de US los fiscales son elegidos entre funcionarios y son independientes del State Attorney-General, que normalmente también es funcionario.

El modelo US prevé además un "consejo independiente" específico con competencia limitada para investigar denuncias de comportamientos delictivos de altos funcionarios.

El Attorney-General es *nombrado* por el Jefe del Ejecutivo, es decir por el Presidente o Primer Ministro (USA, Canadá, Inglaterra y Gales, Mauricio, Nigeria, Pakistán, Singapur, Japón y Corea) o por el Gabinete en pleno (Israel). Se afirma sin embargo que esto no afecta a su independencia al no podersele indicar cómo proceder, pero lo cierto es que empezando con el nombramiento y - en la mayoría de los casos - acabando con la remoción, puede verse cierta influencia del Ejecutivo sobre la institución. Aunque no debe haber mecanismos formales de remoción (Canadá), ésta puede provocarse a iniciativa del Primer Ministro o del Presidente.

En Nigeria, este poder presidencial se encuentra previsto explícitamente en la ley. En Pakistán, el "Fiscal normalmente depende del Ejecutivo". En Israel puede ser removido de su cargo por el Gobierno y en Singapur por el Presidente (con el consejo del Primer Ministro).

Como ya se ha mencionado, el DPP de Inglaterra y Gales es nombrado por el Attorney-General y es responsable ante el mismo. Puede ser removido de su cargo como cualquier otro empleado superior no público (senior civil servant), es decir, mediante previo aviso de acuerdo con su contrato de trabajo. En Canadá su remoción sólo es posible en casos excepcionales: por incapacidad mental o física para cumplir las funciones de su cargo. El Parlamento (o un Tribunal) debe tomar parte en este procedimiento.

En Sudáfrica los (11) Attorneys-General provinciales son nombrados también por el Presidente.¹⁰ Hasta 1992 eran responsables ante el Ministro de Justicia *nacional* (llamado

¹⁰ En base a una pequeña lista elaborada por el Ministro de Justicia o a partir de solicitudes de dentro y fuera del sector público.

"régimen de control"). La ley del Attorney General (1992) les hizo directamente responsables ante el Parlamento (exceptuando a los 4 "Homeland" Attorneys-General). Así, la función actual del Ministro de Justicia es la de coordinador de las actividades del Attorney-General. La remoción de su cargo sólo puede realizarse dirigiéndose a las dos Cámaras del Parlamento (*impeachment*).

De modo semejante, en Japón y Corea, el Fiscal General es nombrado por el Ejecutivo y puede ser removido de su cargo después de un procedimiento especial de *impeachment* por motivos disciplinarios. Es evidente que el nombramiento por el Ejecutivo contradice ese presumible estatus de cargo cuasi-judicial.

El *consejo independiente* de la US es nombrado por tres jueces de la Corte de Apelación de US para el Distrito de Columbia Circuit (normalmente referido a una "Special Division") en base a una solicitud del Attorney-General. Tal solicitud se realiza si el Attorney-General considera que en un caso determinado "hay motivos razonables para creer que debe continuarse con la investigación". La Special Division determina la competencia del consejo independiente. La remoción del cargo sólo es posible en caso de condena o acusación delictiva, o a iniciativa del Attorney-General cuando existen causas justificadas, por discapacidad psíquica, etc. Su cargo finaliza cuando se ha completado la investigación.

b) Ley Civil (modelo francés)

Como chief prosecutor se debe considerar al *Procureur General* or *Procureur du Roi* (France, Belgium) o al *Fiscal General del Estado* (España) en cuanto su función se concreta en la investigación y acusación de los delitos. En Francia hay 22 *Procureurs Généraux* y alrededor de 175 Fiscales de la República. En Bélgica, hay cinco *Procureurs Généraux*. En Holanda hay un Consejo asistido por cinco Attorneys General. En los Estados de África - más centralizado en comparación - hay normalmente un Fiscal General ante la Corte Suprema.

El Ministro de Justicia, como el Attorney-General en algunos (¡no en todos!) países del Common Law (por ejemplo en US), es responsable políticamente de la acusación pero no la lleva a cabo por sí mismo.

Los *Procureurs* normalmente pertenecen a la organización judicial y por tanto tienen una independencia similar a la de los jueces. Sin embargo, su posición difiere en algo respecto a la de aquellos jueces que no son elegidos de por vida (por ejemplo en Holanda). En España el Fiscal es *funcionario público especial*.

El Fiscal General depende del Ejecutivo y es responsable ante el mismo (Ministro de Justicia). El Belgian Crown Prosecutor está subordinado a los Fiscales Generales, como ocurre con los fiscales franceses de la República. Lo mismo es de aplicación en Ruanda y Mali si se tiene en cuenta la relación existente entre el Fiscal General y el Fiscal de la República.

El Fiscal General que es *nombrado* por el Ejecutivo (Presidente y Gobierno o Ministro de Justicia) es, en principio, irremovible. Sin embargo puede ser removido de su cargo por motivos disciplinarios o bien, en determinados supuestos, suspendido del mismo por el Gobierno (Ministro de Justicia). En Egipto, puede ser removido por motivos disciplinarios por el Consejo Disciplinario de Jueces, reforzándose su decisión por medio de un decreto presidencial (sic!). Por otro lado, en los países de África que han sido estudiados parece también posible por otras razones.

En Francia se prevé una reforma por la que se refuerza el papel del *Conseil Supérieur de la Magistrature* en este proceso. En el futuro su consejo vinculará al gobierno o al ministro.

c) Civil Law (modelo acusatorio)

El chief prosecutor es el Prosecutor General of the Nation (Fiscal o Procurador General de la Nación). Sólo se da en Estados centralizados como los de Latinoamérica, en los antiguos países socialistas de Hungría, República Checa, Georgia y Rusia o en pequeños Estados como Finlandia. En otros Estados federales hay (también) fiscales estatales a nivel regional (*Generalstaatsanwälte*; el *Procuratore Generale*), quienes son elegidos por el más alto Tribunal Estatal o regional (*Superior Court of Appeals*) y dirigen la oficina regional del Fiscal. En estos Estados puede existir un Fiscal General nacional (*Generalbundesanwalt*; *Procuratore Generale*) pero no controla a los fiscales estatales y - en algunos casos - no siempre tiene funciones investigadoras y acusadoras. Esto último nos recuerda al tradicional *Procureur General* de Francia quien - como parte del *Ministère Public* - representa en general el interés económico del Estado y la observancia de la ley (Italia, Colombia).¹¹

Generalmente los fiscales tienen la misma carrera que los jueces y son empleados civiles/públicos (Austria, Alemania, Brasil, Finlandia) o cuasi funcionarios judiciales (Italia, Colombia, Costa Rica) o una mezcla de ambos (*funcionario público independiente* - Argentina, Chile, de acuerdo con el proyecto de reforma). En los antiguos países socialistas el Fiscal General o bien es un cargo independiente (Hungría, Georgia, Rusia) o un empleado público relacionado con el Ejecutivo (República Checa). La clasificación final no es clara algunas veces y parece demasiado formal pues no resulta posible hablar de una completa independencia.

11 Cf. Merle/Vitu, *Traité de Droit Criminel. Procédure Pénale*, 44 ed. 1987, págs. 232-233; véase asimismo Wohlers, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, 1994, págs. 63-65; véase asimismo pág. 66 (sobre el "Fiskalat" alemán).

La *independencia* está relacionada con el estatus del Fiscal. Si es un empleado civil dependerá del Ejecutivo (normalmente del Ministro de Justicia). Es nombrado por el Ejecutivo de por vida y sólo puede ser removido - a través de un procedimiento muy formal - por motivos disciplinarios.

En Austria y Alemania los fiscales se consideran "funcionarios políticos" al tener que seguir los objetivos y directrices de la política gubernamental.

Si se trata de un empleado público independiente (Argentina, Brasil, Chile, Finlandia, Hungría, Georgia y Rusia), normalmente es nombrado por el Presidente con participación del Senado y del Tribunal Supremo, o por el Legislativo con la recomendación del Presidente (Hungría, Georgia y Rusia). El proceso de remoción es similar (por ejemplo en Hungría y Georgia, donde existe también recomendación del Presidente en una especie de proceso de acusación basado en determinados motivos legalmente previstos).¹² En Chile, el Fiscal General puede ser removido por la Corte Suprema a solicitud del Presidente. En Finlandia, es considerado como un empleado civil normal y para ser removido de su cargo no hace falta que concurren circunstancias excepcionales. En Argentina es necesario un escrito de acusación (proceso político). En un modelo estrictamente acusatorio el Fiscal General siempre tiene voz cuando un fiscal va a ser removido.

Si el Fiscal tiene una posición similar a la de un juez como "funcionario judicial" (Italia, Colombia, Costa Rica), entonces es independiente del Ejecutivo (como un juez), y nombrado así como removido por un órgano judicial especial (por ejemplo el *Consiglio Superiore della Magistratura*) o por el Tribunal Supremo (sólo por motivos disciplinarios). En Colombia puede ser acusado por el Senado en base a motivos disciplinarios.

En Italia, sin embargo, la unidad entre juez y fiscal comprendiendo el estatus de fiscal como funcionario judicial, se encuentra en discusión.

d) China

En China hay un Fiscal General (*Prosecutor General*) fuerte con poder centralizado y está considerado como cargo independiente. La permanencia en su puesto está estrechamente relacionada con las asambleas del Legislativo y por un tiempo no superior a dos mandatos del Ejecutivo.

¹² En caso de incompatibilidad con otra función; por condena penal.

El Fiscal General es nombrado y en su caso removido por el Legislativo. El Fiscal General normalmente participa en el nombramiento y remoción del Fiscal Jefe y de los fiscales ordinarios.

Los chief prosecutors son nombrados y removidos de su cargo a nivel nacional y regional (provincial, local). Deben cumplir ciertos requisitos, *inter alia*, una "considerable calidad política y profesional". La remoción es posible, entre otros motivos, por no satisfacer los exigencias básicas del puesto o ser de "probada incompetencia".

2. ¿Realizan algunos órganos (del Ejecutivo, Legislativo o Judicial) algún control general o dirección sobre la manera en la que el Fiscal desarrolla sus funciones? En especial, ¿pueden tales órganos exigir al Fiscal la incoación del proceso en casos especiales o que se abstenga de acusar en un determinado caso?

a) Common Law

Debe distinguirse entre un control sobre casos particulares y el debido a una política general fiscal y su correspondiente legislación.

Como chief prosecutor y miembro del Gobierno el Fiscal General es prácticamente independiente en las materias que le conciernen. Lo mismo es de aplicación a los sustitutos y a los demás fiscales cuando se trata de *casos particulares*: sólo tienen que obedecer instrucciones de sus superiores de la Oficina del Fiscal (Office of the Prosecutor) (principio de jerarquía) pero no pueden ser dirigidos por otras instituciones o individuos. Esta independencia fiscal se manifiesta por la casi ilimitada discreción de los fiscales en el modelo del Common Law. En base a la prueba presentada por la policía, el Fiscal decide si inicia el proceso o se abstiene. El principio de investigación oficial (mandatory prosecution) es desconocido en este modelo. Como consecuencia, por lo que se refiere a casos particulares, existen sólo controles judiciales normales en el curso del procedimiento hasta la sentencia final o cuando se trata de medidas coercitivas (*compulsory powers*) (véase pregunta 6).

Al menos en apariencia estos controles son mayores en Israel donde el Tribunal Supremo (High Court), al menos teóricamente, puede revisar las decisiones del Fiscal General y compelerle a acusar o no.¹³ Un Ministro o un político puede llamar la atención sobre determinado suceso o materia pero la decisión de intervenir o no queda en manos del

¹³ En la práctica, el Tribunal Supremo (High Court) obliga a acusar al Attorney-General sólo en cuatro casos, y nunca a no acusar.

Attorney-General o de la DPP. También en casos de acusaciones particulares (*private prosecutions*) - si son del todo admitidas - el Fiscal tiene el derecho a intervenir y llevar adelante el caso (especialmente si la participación de la víctima se limita a la iniciación del proceso).

En Nigeria, los ciudadanos tienen derecho a cuestionar la decisión de acusar o de no acusar.

En Japón y Corea, el Ministro no puede nunca interferir directamente en la investigación de un caso particular; sino que tiene que hacerlo por medio del Fiscal General. Sólo hay un control directo interno: la sustitución de un fiscal por otro es posible a petición del Fiscal General.

Al margen de la cuestión sobre el nombramiento y la remoción (1), puede verse cierta forma de control en la política fiscal seguida a nivel general.

En Inglaterra y Gales el Ejecutivo prepara las "Directrices del Attorney-General". El DPP prepara el Código de los Fiscales de la Corona (*Code for Crown Prosecutors*) sobre esta base y se presenta al Parlamento. El Ejecutivo puede hacer seguir determinada política por medio de directivas y el Legislativo por medio de leyes de procedimiento o administrativas. Aunque este control general, o mejor dicho, intervención correccional es bastante normal en un Estado democrático con tres poderes separados y no afecta a casos individuales, no merece la pena.

En US el brazo legislativo (Congreso, asambleas legislativas estatales) puede ejercer alguna influencia negando fondos si no está de acuerdo con la política a seguir. Además el Congreso puede conocer de errores cometidos y exigir informes periódicos al Attorney-General. En última instancia los fiscales son responsables ante el público general. A la vista del *consejo independiente* el Attorney-General determina si su nombramiento está garantizado. El Attorney-General puede asimismo extender su competencia. Una vez nombrado un consejo independiente tiene amplia discreción para iniciar o abstenerse de iniciar el proceso.

Contra lo anterior no resulta convincente un informe (Mauricio) según el cual "ningún órgano, ni ejecutivo, ni legislativo ni judicial ejerce *ningún* control ni dirección sobre la forma en que el DPP desarrolla sus funciones" (enfático añadido).

También resulta meridiano que la aparentemente clara distinción entre caso individual y política fiscal pierde mucho en un marco político diferente. En este punto es convincente el informe de Nigeria:

"A causa de la naturaleza política del cargo, y por el hecho de que el Attorney-General es el consejero legal del Gobierno, no siempre es posible resistir la presión o injerencia, en particular del Ejecutivo, en descargo de las responsabilidades del Fiscal. Tal presión puede ser bastante pronunciada en un régimen dictatorial como ocurre con frecuencia en Nigeria. Los Attorneys-General de ayer y de hoy se han enfrentado con frecuencia a la cuestión de cómo reconciliar el interés público con la justicia, lo que conduce a plantearse hasta qué punto el interés público se aproxima al interés del régimen o del Gobierno en el poder... cuando una determinada materia constituye un fuerte foco de atención pública que suele tener consecuencias importantes a nivel nacional o en todo caso consecuencias políticas, el Attorney-

General es generalmente instado por el Gobierno a tomar personal o estrecho control del caso."¹⁴

De modo parecido, dada la relación directa entre el Attorney General y el Ejecutivo y el estatus de los fiscales como "servientes del Gobierno" (Pakistán), no sorprende que el Fiscal "esté influido muchas veces por el Ejecutivo".

b) Civil Law (modelo francés)

Hay cierto control político sobre los fiscales por parte del Ministro de Justicia. Éste puede dictar directrices generales sobre cuándo y cómo acusar (*droit d'injonction positif*) pero no puede ordenar no acusar (*droit d'injonction négatif*).¹⁵ Excepcionalmente esta influencia general puede extenderse a casos particulares.

De conformidad con la nueva legislación holandesa (Proyecto 25392 de 11 de junio de 1997) la posición del Ministro de Justicia será fortalecida: podrá ordenar directivas de naturaleza general y particular, en sentido positivo y negativo, e interferir en el modo en el que la acusación es llevada a cabo. Sin embargo, tales directivas tienen que ser hechas públicas por el tribunal competente. En España, el Fiscal General es responsable ante el Parlamento.

Obviamente los fiscales están sujetos a la jerarquía propia de la institución. La sanción disciplinaria es posible en casos de mala conducta profesional.

En Holanda está previsto un extenso *examen* judicial: quien recibe un *dagvaarding* (tipo de *indictment*) puede oponerse ante el tribunal: la decisión de acusar puede ponerse en entredicho a lo largo del juicio. La decisión de no acusar puede cuestionarse por medio de queja (*complaint*), ya se trate de personas interesadas u organismos, ante el tribunal de apelación.

c) Civil Law (modelo acusatorio)

Si el Fiscal es un cargo judicial no hay un órgano *externo* superior que lo controle. Esto es así en Italia, Costa Rica y Colombia. Lo mismo ocurriría de ser un empleado civil especial (independiente), siendo este el caso de Hungría, Georgia, Rusia y también República Checa (a pesar de su nombramiento por el Ejecutivo). Lo mismo se aplica en Brasil, donde el Fiscal, si bien nombrado por el Ejecutivo, goza de formal autonomía. En Argentina, sin embargo, el Ejecutivo puede "sugerir" que el Fiscal General dé instrucciones generales.

14 Sin embargo y bajo estas condiciones "interference as to the initiation or discontinuance of proceedings is rare" (ibid.).

15 Sin embargo, al menos en Francia, se dan este tipo de órdenes en la práctica.

Si el Fiscal depende del Ejecutivo estará controlado bien por medio de directrices generales y/o instrucciones para casos particulares. Normalmente sólo es posible lo primero y el Ministro nunca puede interferir (con la excepción de Austria) en la investigación de un caso particular; tiene que hacerlo por medio del Fiscal (Federal) General Estatal (State Prosecutor General) (Alemania). En los antiguos países comunistas sólo el Fiscal General - no el Ministro - puede legalmente ordenar directrices generales y debe asimismo instruir a los fiscales subordinados en determinados casos.

El Fiscal General debe responder ante el Parlamento (Hungría, Rusia), teniendo en este caso que informar regularmente (anualmente). Normalmente puede instruir a los fiscales subordinados sobre la decisión de acusar o no en determinados casos. En Finlandia el Fiscal está sujeto a un control de legalidad por el Canciller de Justicia y por el Ombudsman. En Alemania las directivas ministeriales se han convertido en direcciones internas de la autoridad regional de acusación. Hasta donde llegan los mecanismos de control interno la sustitución de un fiscal por otro es posible a petición del Fiscal General (también Argentina, Costa Rica).

Aparte del control por el Ejecutivo, existe en algunos Estados, un fuerte control judicial durante la fase pre-trial. Esto puede ser especialmente relevante en sistemas donde el fiscal pertenece a lo judicial y por ello se encuentra sujeto a sus mecanismos internos de control; como mínimo se encuentra sujeto a la revisión interna de la propia institución. No hay control judicial sobre la iniciación del proceso en los antiguos países socialistas.

En Argentina, el fiscal puede ser sustituido por otro siguiendo la opinión del tribunal por medio del llamado control jurisdiccional. En Chile, de acuerdo con el borrador del proyecto de reforma, un juez de control de la investigación no sólo garantiza los derechos del sospechoso sino que también puede pedir al fiscal que incoe el procedimiento o se abstenga de hacerlo en un caso en concreto.

d) China

Existe una jerarquía interna y el Fiscal General puede instruir al Fiscal del Estado. Además hay un control judicial por el Tribunal Popular que evalúa el rendimiento de los fiscales.

3. ¿Tiene el Fiscal la obligación de incoar el procedimiento en todos los casos en que hay suficiente prueba, o tiene discreción? Si el Fiscal está obligado, ¿puede ser esto legalmente exigible, y en este caso, por quién? ¿Puede el Fiscal decidir con independencia poner fin a una investigación o retirar la acusación durante el curso de un proceso judicial? ¿Un acto de este tipo, exige la aprobación del Juez?

a) Common Law

El modelo del Common Law se caracteriza por la casi ilimitada discreción del Fiscal para incoar el procedimiento o abstenerse de ello durante la fase pre-trial. El Fiscal puede también decidir poner fin a una investigación ya iniciada ya sea por falta de prueba o porque considera que el delito no es lo suficientemente significativo para merecer una acusación (falta de interés público). Un caso puede ser también (parcialmente) sobreesfido (*closed*) por medio de un acuerdo (*plea agreement*) o negociación (*plea bargain*).

En Inglaterra y Gales esta discreción se encuentra prevista en el Código de los Fiscales de la Corona (*Code for Crown Prosecutors*); aunque existe revisión judicial, está limitada a decisiones que sean completamente irracionales y no se tienen en cuenta las circunstancias sustanciales del caso (así llamado "Wednesbury" principles). En Japón y Corea, el Fiscal puede dar por terminado el caso cuando se esté ante una acusación inadmisibles o inadecuada.

Aunque esta afirmación sea generalmente válida para todos los modelos del Common Law examinados, es necesario hacer alguna distinción. Algunos modelos tienen previsto el examen judicial (Israel, Inglaterra y Gales), mientras que otros no (US aparte de la declaración de culpabilidad que tiene que presentarse ante un juez).

En Inglaterra y Gales la investigación está en manos de la policía. Cuando el CPS asume el caso, la investigación ha concluido, de modo que no es posible más control. En Canadá, se exige autorización del Attorney-General para ciertos delitos. Es interesante mencionar la distinción entre el Norte y el Sur de Nigeria. En el Norte, regido por el Código de Procedimiento Criminal (*Criminal Procedure Code*), la supervisión judicial es mayor que en el Sur, donde rige la Ley de Procedimiento.¹⁶ En Pakistán, el Fiscal está obligado a incoar el procedimiento si hay suficiente prueba; sin embargo esta obligación no es exigible.

La decisión de desistir del procedimiento no exige la aprobación judicial si el juicio no ha comenzado todavía. Así, el punto crucial se encuentra en la presentación o falta de presentación de la petición. En el primer caso, si el juicio ya ha comenzado, la retirada de la acusación exige la aprobación del tribunal. Así, como regla

16 Véase más detalladamente el informe de Nigeria, págs. 425 ss.

general se sigue que una aprobación judicial para retirar la acusación es necesaria si el caso se encuentra ya bajo la competencia del tribunal. Esto se aplica en vista de la retirada de la acusación (por ejemplo por una declaración de culpabilidad). Raramente se deniega la aprobación judicial.

Una retirada formal (de la acusación) puede también exigir el consentimiento del Attorney-General (Sudáfrica). En Inglaterra y Gales se distingue entre la suspensión (*discontinuance*) del procedimiento (siendo posible reanudarlo) y la absolución (*acquittal*) (no es posible la reanudación).

En la mayoría de las jurisdicciones de US el Fiscal puede rechazar los cargos en el momento del juicio. Asimismo en Japón y Corea el Fiscal puede dejar el caso en cualquier momento del procedimiento. Esto muestra la tendencia contradictoria (adversarial) de este procedimiento: el Fiscal es considerado parte del proceso pudiendo sostener un caso sin considerar el principio de búsqueda de la verdad (material).

Un *consejo independiente* tiene completa autoridad para rechazar materias que estén dentro de su competencia sin dirigir ninguna investigación. Para ello no se exige la aprobación judicial.

b) Civil Law (modelo francés)

La acusación (*poursuite*) está regida por el principio de *oportunidad* (*expediency*). Así, el Fiscal no tiene la obligación de incoar el procedimiento cuando hay suficiente prueba, decidiendo con amplia discreción (en Francia alrededor del 80 % no son perseguidos). Esto no ocurre en España donde rige el principio de investigación oficial (*principle of mandatory prosecution*). Además no existe discreción (a) cuando el Ministro o el Fiscal General ordena acusar o (b) cuando según las directrices generales debe acusarse, o finalmente (c) cuando la víctima decide interponer una "acción civil" y se constituye en "parte civil" ante el Juez de Instrucción (*juge d'instruction*)¹⁷ o el Tribunal de Apelación (Holanda), con la intención de lograr la indemnización de sus daños y perjuicios en el proceso penal.

Se debe distinguir entre la investigación policial bajo la dirección del Fiscal y la investigación judicial en manos del Juez de Instrucción o, posteriormente, del Tribunal. En el primer caso el Fiscal de la República puede dar por concluida una investigación quedando sólo sujeta a la revisión (interna) del Fiscal General. Si el

Juez de Instrucción ha tomado parte en el caso (*instruction*) el Fiscal sólo puede sugerir el sobreseimiento (*closure*). Siempre que el juicio haya comenzado (el tribunal conoce del asunto) sólo judicialmente puede dar por finalizado el procedimiento.

Como regla general se puede afirmar que el control fiscal sobre el caso termina cuando el tribunal ejerce su potestad jurisdiccional sobre el mismo.

c) Civil Law (modelo acusatorio)

En la mayoría de los modelos acusatorios rige el principio de *mandatory prosecution* (*procedural legality*): el Fiscal tiene la obligación de acusar si hay suficiente prueba. Sin embargo, este principio encuentra muchas excepciones de acuerdo con el "expediency principle" (principio de oportunidad) que da discreción al Fiscal para dar por concluida una investigación en ciertos casos de menor entidad y bajo ciertas condiciones (Austria, Alemania, Finlandia, Brasil, Chile, Costa Rica).

En Brasil, se introdujo en 1995 un tipo de plea bargaining que permite al Fiscal parar el procedimiento. El nuevo Proyecto de ley chileno de Procedimiento penal contiene una regla de oportunidad (*expediency principle*). El procedimiento checo permite parar el procedimiento condicionalmente y también el acuerdo (*settlement*). El nuevo procedimiento húngaro (en vigor a partir del año 2000) permite en determinados casos dar por terminada la investigación (discreción, principio de oportunidad). También introduce algunos derechos de revisión contra las decisiones de los fiscales, en especial para la víctima (queja contra la decisión de no acusar, acusación particular).

En modelos estrictos de mandatory prosecution (Italia, Argentina, Georgia, Rusia) existen mecanismos discrecionales de carácter objetivo debido a que los fiscales no pueden perseguir delitos de menor entidad en el tiempo adecuado. En cualquier caso no parece muy realista que el principio de mandatory prosecution rija en todos los modelos de justicia penal. Un ejemplo bastante drástico lo proporciona Colombia donde, a pesar de un estricto concepto de mandatory prosecution, fracasa la acusación por razones objetivas (*impunidad*) mundialmente conocidas. En tal situación, el mantenimiento del principio de mandatory prosecution -contra la realidad diaria del modelo de justicia criminal - resulta más bien un ejercicio de hipocresía. Es convincente el siguiente informe concerniente a Italia:

"... es imposible investigar y acusar todos los delitos que han sido cometidos. Así, la realidad obliga a que sea un Fiscal quien discrecionalmente decida qué delitos serán perseguidos y cuáles no."

¹⁷ De acuerdo con el modelo francés la fase pre-trial se divide en dos fases (*poursuite e instruction*): el *juge d'instruction* investiga los delitos más graves (véase "la función del fiscal", op. cit. (nota 1), págs. 7-8).

Por contra, se debe distinguir entre el pre-trial y la fase trial. Durante la primera, antes de que el juez conozca del asunto, el Fiscal tiene cierta discreción para archivar el proceso (*archivo fiscal*). Se podría siempre argüir que tiene que concluir su investigación - consecuencia contraria al mandatory principle - si no hay suficiente prueba o base legal para proseguir. Esto debería inferirse también del principio de que el Fiscal tiene que investigar en ambas direcciones, tanto en favor como en contra del sospechoso.

En Italia, sin embargo, la doctrina y la práctica llega a la conclusión contraria del mandatory principle: que el Fiscal no puede archivar el proceso por sí mismo. Esta posición es comprensible contra la consideración de que no se permite excepción alguna al mandatory prosecution. En Colombia el Fiscal tiene que pedir la absolución y no puede concluir la investigación si la prueba no puede justificar la condena.

En modelos con un control judicial previo en un momento procesal anterior al juicio, la terminación del proceso exige una decisión judicial (por ejemplo Argentina). También en casos de suspensión en virtud del principio de oportunidad se requiere normalmente el consentimiento judicial.

Si el tribunal comienza a conocer del asunto (abierto el juicio) el Fiscal no puede normalmente retirar la acusación (por sí mismo). Sin embargo, sí es posible que el tribunal decida dar por terminado el procedimiento (provisionalmente) o bien que las partes alcancen un acuerdo (Italia).

En República Checa, Hungría y Rusia el Fiscal puede también retirar la acusación durante el juicio. En Finlandia, el Fiscal sólo puede suspender el procedimiento a petición de la policía (que, en este sentido tiene una posición similar (fuerte) a la existente en Inglaterra y Gales). Durante el juicio, sin embargo, puede retirar la acusación y suspender el juicio sin consentimiento del tribunal.

d) China

Rige en general el principio de *mandatory prosecution (procedural legality)*. El nuevo proceso chino (en vigor desde el 1.1.1997) permite en casos específicos dar por terminada la investigación (discreción, principio de oportunidad).

En la medida en que la Ley de Procedimiento Criminal establece una estricta distinción entre la acusación (por el Fiscal) y el juicio (por el tribunal), el Fiscal no puede retirar la acusación si el tribunal ha llegado a conocer del asunto.

4. ¿Cómo se garantiza la responsabilidad del Fiscal? ¿Se controlan sus decisiones o su actuación en general, o existe algún tipo de examen a cargo de otros organismos (incluyendo, por ejemplo, abogados u otras organizaciones internacionales)? ¿Debe responder públicamente de la decisión de acusar y de no hacerlo?

a) Common Law

Como se puso de manifiesto en la pregunta 2, el Fiscal está sujeto al control por los mecanismos normales de que dispone el tribunal. Durante la fase pre-trial estos controles están limitados a las medidas coercitivas ordenadas generalmente por el tribunal (véase abajo pregunta 6). Sin embargo, el paso de la pre-trial a la fase trial (o de juicio) significa una intensificación de los controles.

En los tribunales federales de US por ejemplo, el Fiscal (*attorney*) tiene que presentar la prueba al Gran Jurado (que vota sobre el cargo criminal propuesto-indictment) o, en casos urgentes, directamente pide al Juez que dicte una orden de arresto en base a una declaración jurada (*sworn statement*) (queja - *complaint*) y después de ello obtiene el *indictment*. Para ser acusado, al menos 12 miembros del Gran Jurado (16-23 personas) deben entender que hay "causa probable" de que se cometió el delito o delitos especificados en el escrito de acusación.¹⁸ La audiencia ante el Gran Jurado es secreta.

Al margen de los mecanismos judiciales normales de revisión, especialmente en la fase del juicio, pueden existir también mecanismos *internos de revisión*. Aunque debiera contemplarse legalmente, lo cierto es que todavía no está previsto ningún tipo de responsabilidad pública ni de revisión. Sin embargo, la importancia creciente del "impacto de las declaraciones de la víctima" junto a ciertos derechos de información, previsto por ejemplo en la British Victims Charter (Homo Office 1990, revisada en 1996), es un instrumento, al menos para las víctimas, en orden a mejorar el control de las decisiones de los fiscales y compelerles a responder públicamente de sus decisiones. De igual modo la posibilidad de acusaciones particulares supone alguna forma de control y responsabilidad.

En el modelo británico podría interpretarse que existe cierto control parlamentario debido al hecho de que el DPP es responsable ante el Attorney-General y además miembro del Parlamento. El DPP forma parte de un organismo y por tanto está sujeto al mismo y a sus revisiones periódicas como la que lleva a cabo la Audit Commision. En US los fiscales federales deben informar periódicamente al Attorney-General y son responsables ante el público en general. El *independent counsel* tiene específica obligación de informar a la Special Division y al Congreso. En Sudáfrica el Attorney-General es responsable ante el Parlamento y ante el Ministro de Justicia como coordinador de las actividades de los 11

¹⁸ En los tribunales federales de US, quienes son acusados por más de un año de prisión tienen un derecho constitucional a ser acusado por un Gran Jurado aunque pueden renunciar al mismo.

Attorneys General (como ya se ha mencionado, en Sudáfrica el Attorney-General no es el Ministro de Justicia). Sorprendentemente, en Mauricio, si bien con fundamento en el modelo británico, el DPP no será "responsable ante nadie en el ejercicio de sus funciones". En Japón, el Public Prosecution Review Committee controla la decisión de no acusar, si bien es cierto que sin efecto vinculante para el Fiscal.

Los abogados y otras organizaciones profesionales pueden jugar un importante papel teniendo en cuenta su estatus en el Estado y en la sociedad así como su organización interna. Sin embargo, esta posibilidad no se trató en la mayoría de los informes. En este área de mecanismos informales de control, los media y el público en general parecen tener más importancia.

b) Civil Law (modelo francés)

El Fiscal General responde fundamentalmente ante el Ministro tanto en materia disciplinar como en otras. El Ministro es generalmente responsable ante el Parlamento y los fiscales lo son ante sus superiores. Los procedimientos disciplinarios tienen lugar ante un High Judicial Council (por ejemplo *Conseil Supérieure de la Magistrature*, *Consejo General del Poder Judicial*).

El Fiscal no está obligado a responder por decisiones de acusación. Sin embargo, una reforma francesa introduce la obligación de explicar una decisión de no acusar. Esta decisión puede ser revisada por el General Prosecutor.

Las asociaciones de abogados no juegan papel alguno al estar formadas sólo por abogados independientes. Sólo pueden informar a los órganos fiscales de mala conducta profesional. Ciertos derechos de ciudadanos particulares (*private citizens*) pueden implicar responsabilidad. Aquí son de mencionar los tres mecanismos de incoación de procedimiento en Egipto (queja, petición y permiso para proceder) o las ya mencionadas posibilidades de revisión previstas en el modelo holandés (véase supra 2).

c) Civil Law (sistema acusatorio)

Generalmente la responsabilidad sólo existe en el sentido de un control interno: por los (internos) mecanismos de supervisión dentro de la misma institución (oficina del Fiscal hasta el Prosecutor General y el Ministro) o de lo judicial (responsabilidad ante el Consiglio Superiore della Magistratura; control judicial de medidas coercitivas o de mala conducta profesional: *inspección judicial* en Costa Rica). Los fiscales son también responsables de acuerdo con la ley civil y penal.

En la República Checa, el Ministro puede opinar cuando hay que decidir la composición de un tribunal disciplinario.

El Ministro y/o el Fiscal General pueden ser responsables ante el Parlamento (Finlandia, Argentina, Chile, Hungría, Rusia).

La responsabilidad puede lograrse también por ciertos derechos de la víctima de incoar procedimientos y cambiar decisiones acusatorias (estatus de "querellante"). La posición de la víctima es especialmente fuerte en el modelo finés; siempre puede continuar el procedimiento si los fiscales lo paralizan. Además el control de legalidad está asegurado por el Ombudsman.

Las asociaciones de abogados tienen un papel limitado (por las mismas razones apuntadas en b)).

d) China

Hay básicamente un control disciplinario del Fiscal por vía jerárquica. El Tribunal Popular juega un papel mayor.

Las víctimas pueden acusar en casos individuales y pueden pedir al superior que revise una decisión fiscal de no acusar. Pueden también presentar sus objeciones directamente ante el tribunal.

5. ¿Es el Fiscal tan responsable de la investigación (instrucción) del caso como de su acusación (*poursuite*)? ¿Es el Fiscal quien inicia la investigación o es ésta una decisión de la policía, del juez o de otra autoridad? ¿Controla o influye el Fiscal en la forma de llevar la investigación? ¿Qué tipo de relación tiene el Fiscal con la policía? ¿Tiene el Fiscal algún tipo de control sobre la policía, y en tal caso, cómo lo ejerce? ¿Depende la policía como organización del Fiscal? ¿Puede el Fiscal sancionar la mala conducta de la policía? ¿Es la investigación de exclusiva responsabilidad de la policía o también el Fiscal dirige la investigación?

a) Common Law

De acuerdo con la common law tradicional (especialmente Inglaterra y Gales, también Canadá, Nigeria, Pakistán, Sudáfrica, Mauricio, Singapur y los US) la responsabilidad de la investigación está en manos de la policía. La policía decide si la investigación es completa y de ella resulta suficiente prueba para presentar el caso al Fiscal. En este sentido, el Fiscal depende del trabajo de la policía. Sólo cuando el Fiscal participa en una investigación (habiendo recibido la prueba de la

policía), la dirige. En otras palabras, sólo asume la dirección de la investigación cuando la policía decide presentarle la prueba. Dependiendo del concepto de investigación y de acusación podrá afirmarse que el Fiscal tiene responsabilidades en la investigación y la acusación de un caso (como en US e Israel).

Al menos en la doctrina inglesa, el concepto de investigación se refiere a la investigación policial; el Fiscal sólo asume responsabilidad cuando la investigación ha concluido. En Israel es interesante observar que la policía sólo puede hacer recomendaciones formales y el Fiscal puede instruir a la policía para que investigue o deje de hacerlo. En US el Gran Jurado es instrumento del Fiscal porque a través suyo puede hacer citaciones para que comparezcan determinadas personas así como para conseguir documentos.

La separación funcional entre policía y fiscalía puede justificarse de la siguiente forma (informe Sudáfrica):

"No es deseable que la Fiscalía responda formalmente de la investigación del delito, como si esto tendiera a distorsionar la distinción entre la investigación del delito y la desapasionada decisión sobre si los hechos de un caso dado merecen ser acusados."

Sin embargo, esta división tradicionalmente clara entre el trabajo de la policía y el del Fiscal ha cambiado recientemente debido a la aparición de nuevas formas de criminalidad (crimen organizado, especialmente tráfico de drogas, blanqueo de dinero) y el bajo nivel de experiencia de la policía (caso especial de Sudáfrica). En estos casos más complejos hay una más estrecha cooperación entre la policía y el Fiscal en un más temprano estadio del procedimiento. La policía a menudo busca el parecer del Fiscal o procura obtener una autorización judicial con su ayuda. Así el Fiscal consigue influir algo en la investigación. Sin embargo, al menos en Inglaterra y Gales, sigue siendo decisión de la policía seguir el consejo del Fiscal. En Sudáfrica, el Presidente puede pedir a un Attorney-General (provincial) que dirija una investigación en los llamados delitos de "Tercera Fuerza" (secreto, políticamente relacionado). Finalmente, el Fiscal puede también pedir a la policía que investigue un asunto.

De acuerdo con el concepto tradicional, la policía - responsable de la investigación - y el Fiscal - responsable de la acusación (después de terminada la investigación) - trabajan independientemente. No hay control disciplinario directo sobre la policía en cuanto depende del Ministerio del Interior mientras el Fiscal depende del Ministro de Justicia. En casos de mala conducta el Fiscal sólo puede llamar la atención de las autoridades competentes sobre el caso. Durante la investigación, el Fiscal sólo puede ejercer influencia sobre la policía si ésta solicita su asesoramiento (como ocurre en muchos casos complicados) o si la ley nacional le permite intervenir en la investigación.

Por lo visto Israel es el único caso en donde la policía sólo puede hacer sugerencias o recomendaciones mientras la decisión final se encuentra en manos del Fiscal que siempre puede ordenar a la policía que investigue o que deje de hacerlo. De modo similar, en Nigeria del Norte el Attorney-General tiene poderes especiales sobre la investigación. La relación fáctica entre la policía y el Fiscal podría calificarse de "cooperadora" (Canadá) o como "relación de trabajo" (Mauricio) al menos en sistemas donde ambas instituciones persiguen los mismos objetivos. Quizá sea demasiado optimista esperar que "los oficiales de policía tengan mucho respeto" al Fiscal (Mauricio).

En Japón y Corea, el Fiscal parece tener un estrecho control sobre la policía. Les da instrucciones, los dirige y si no cumplen están sujetos a sanciones disciplinarias.

Una vez nombrado, el *consejo independiente* controla todos los aspectos de su investigación y puede pedir auxilio al Departamento de Justicia, incluyendo el uso de recursos y de personal investigador. Adicionalmente, el consejo independiente tiene ciertas funciones de investigación por sí mismo.

b) Civil Law (modelo francés)

Generalmente el régimen civil law no distingue entre la investigación y la acusación en el sentido del common law. La distinción francesa entre *poursuite* e *instruction* se refiere a diferentes fases del procedimiento y por tanto distingue entre competencias del *procureur* y del *juge d'instruction*. El Fiscal es responsable de la investigación y puede también iniciarla junto con la policía (*police judiciaire*), que por otro lado siempre está controlada por aquél.

El *juge d'instruction* sólo es responsable de delitos mayores y sólo después de que sea requerido por el Fiscal para abrir una instrucción (en Francia el 5 % de los casos). En esta fase el Juez de Instrucción sólo se ocupa del procedimiento y controla el *dossier*. Es importante observar sin embargo que nunca inicia una investigación sin la solicitud del Fiscal o de la parte civil. Si es requerido tiene que iniciar la investigación (a) de iure, si se trata de un delito grave ("delito" castigado con más de 10 años de privación de libertad), (b) de iure, siempre que los hechos muestren que un menor de 18 años es sospechoso de haber tomado parte, (c) de iure, cuando se trate de escuchas telefónicas o de detenciones previas al juicio, y (d) de facto, cuando se trata de hechos demasiado complicados para ser directamente sometidos al juzgador. En estos casos, el Juez de Instrucción o bien dirige la investigación por sí mismo o le da a la policía judicial (*police judiciaire*) órdenes (*commissions rogatoires*) para desarrollar la investigación en su ayuda.

En Holanda, tanto la investigación como la acusación están en principio en manos del Fiscal. Sin embargo, éste puede requerir al Juez de Instrucción para que investigue más el caso (que en la práctica tiene lugar en los más graves y complicados, así como en aquellos en que se necesitan especiales poderes para la investigación, por ejemplo para ordenar una intervención telefónica). Durante la investigación por el Juez de Instrucción, el Fiscal puede hacer que la policía continúe la investigación por sí misma. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en Francia, el juez investigador no tiene entonces responsabilidad única sobre el procedimiento.

En Ruanda no hay *juge d'instruction*. En Egipto, desde 1952, el Fiscal es responsable del escrito de acusación (*indictment*) y de la investigación; las investigaciones judiciales son poco comunes.

Legalmente la policía judicial (*police judiciaire*) está controlada por el Fiscal y, donde sea competente, por el *juge d'instruction*. La policía debe informar al Fiscal de todos los delitos de que conozca, seguir sus instrucciones y someterle toda medida de detención policial. Al término de la investigación, la policía tiene que dar al Fiscal información completa y detallada de su trabajo. En la práctica, sin embargo, el incremento de profesionalización de la policía se traduce en autonomía, aunque relativa.

En casos de mala conducta policial son posibles sanciones disciplinarias. Los fiscales generales (the Prosecutors General) supervisan la actividad de la policía y la *chambre d'accusation* es la autoridad disciplinaria. El *juge d'instruction* cuenta con los mismos poderes sobre la policía judicial que el Fiscal. Este poder no se extiende a otros órganos policiales que no sean policía judicial. Es interesante observar que el modelo francés prevea un poder disciplinario directo del Fiscal y de la *chambre d'accusation* sobre la *police judiciaire* aunque dependan - como toda policía - del Ejecutivo (Ministro del Interior o de Defensa). En Holanda tal poder disciplinario se reserva al "police force manager", un oficial dependiente del Ministro del Interior.

c) Civil Law (sistema acusatorio)

En el sistema acusatorio el Fiscal controla tanto la investigación (policial) como la acusación. Es director o master de la completa fase pre-trial. En la práctica la policía lleva a cabo la investigación bajo el control legal del Fiscal; la extensión de este control depende del caso.

En Austria y Argentina sin embargo, el control formal de la fase pre-trial (instrucción) está en manos del Juez de Instrucción (*examining judge*) mientras que de la investigación se ocupan el Fiscal y la policía.

En Hungría, la nueva ley de procedimiento faculta explícitamente al Fiscal a dirigir la investigación haciéndole por tanto "master" de la misma en el sentido del modelo alemán (similar en Rusia). Además, el Fiscal tiene - con la legislación existente - competencia exclusiva para investigar en casos particulares relacionados con miembros del Parlamento, de la policía o cuando se trata de delitos contra la Administración de Justicia. En otros casos más complicados hay "mayor control".

En Finlandia puede hablarse de una responsabilidad general de la policía durante la investigación preliminar.

La policía depende funcionalmente del Fiscal durante la investigación por cuanto debe informarle sobre la comisión del delito e investigar bajo su dirección y supervisión. Sin embargo, el Fiscal no tiene control disciplinario directo sobre la policía pues normalmente pertenece al Ministerio del Interior o de Defensa; sólo puede sugerir medidas disciplinarias al oficial superior de policía o al Ministro del Interior. Sin embargo, puede acusar a la policía por la comisión de delitos (*criminal offences*). También la llamada *Policía Judicial* pertenece como organización a las fuerzas de policía ordinarias (*ordinary police forces*) que dependen del Ministro del Interior o de Defensa.

No obstante en Italia el *Procuratore Generale* puede conducir procedimientos disciplinarios contra la policía. En Colombia el Procurador General puede separar agentes de la *Policía Judicial* de la investigación si no cumplen sus órdenes.

El Fiscal puede dar una amplia variedad de órdenes a la policía que influyan en su forma de proceder, y así por ejemplo en el caso de la República Checa el Fiscal puede:

1. dar órdenes vinculantes de toda clase relativas a la investigación;
2. solicitar de la policía cualquier papel, documento, material o informe;
3. participar en las actividades policiales durante la investigación;
4. devolver un asunto solicitando más medidas de investigación;
5. anular decisiones ilegales o injustificadas así como medidas policiales y sustituirlas;
6. retirar a un oficial de policía determinado de un asunto y asignárselo a otro oficial.

d) China

En China, el Fiscal investiga y acusa sólo determinados casos, por ejemplo aquellos en los que están implicados funcionarios del Estado. En casos ordinarios los órganos de seguridad llevan a cabo una investigación preliminar y presentan - después de su terminación - la prueba al Fiscal (similar al modelo inglés). Los órganos de seguridad pueden siempre objetar una decisión de no acusar ante el Fiscal superior. Así, en principio, el Fiscal sólo es responsable de la acusación. Sin embargo, el Fiscal también puede pedir a los órganos de seguridad más medidas de seguridad y también es posible que investigue por sí mismo.

Los órganos de seguridad no dependen como organización del Fiscal. Durante la investigación policial no hay un control directo por el Fiscal en cuanto que la investigación (policial) y la acusación están separados. Sin embargo, de acuerdo con

la Constitución, los órganos de seguridad, fiscales y jueces se controlan unos a otros. Esto obviamente puede afirmarse teniendo en cuenta el proceso penal como un todo (véase pregunta 4).

6. ¿Qué poderes tiene el Fiscal? ¿Puede ordenar por ejemplo detenciones, decidir órdenes de registro u otras medidas coercitivas?

a) *Common Law*

Unánimemente se responde que el Fiscal no tiene tales poderes. Para ordenar determinadas medidas tiene que acudir al tribunal (por ejemplo para citaciones ante el US Gran Jurado), lo cual puede considerarse la competencia judicial exclusiva más importante durante la fase pre-trial.

Sin embargo, es importante observar que la policía puede por sí misma realizar determinadas medidas (*compulsory measures*) (por ejemplo detener a una persona) sin una orden judicial.

El ejemplo más drástico lo presenta Inglaterra y Gales donde la policía utiliza esta posibilidad - enraizada en costumbres tradicionales - muy ampliamente. Un Fiscal no pide una orden judicial estando la investigación en manos de policía que usa medidas coercitivas cuando las necesita. En Israel, la policía puede decidir órdenes de registro pudiéndose afirmar que el uso de poder coercitivo es decisión policial.

El *independent counsel* tiene plenos poderes y autoridad independiente para toda función investigadora y acusadora del Departamento de Justicia, del Attorney-General y de cualquier otro oficial o empleado del Departamento de Justicia, con una excepción (el Attorney-General controla las autorizaciones de escuchas telefónicas). El consejo independiente puede realizar citaciones, hacer comparecer a testigos ante el gran jurado y en juicio, otorgar inmunidad, citar documentos, y conseguir el testimonio de determinados testigos que gozan de ciertos privilegios. Sin embargo, como con un Fiscal federal, el consejo independiente no puede expedir órdenes de registro ni detenciones aunque siempre pueda acudir al tribunal federal para que sus agentes puedan realizar dichas detenciones o registros. El consejo independiente también puede cumplir ciertas funciones acusatorias.

b) *Civil Law (modelo francés)*

El Fiscal tiene limitados sus poderes coercitivos (*compulsory powers*) y puede ordenar a la policía determinadas medidas (arrestos, detenciones policiales, registros, etc.). Otros poderes están reservados para el Juez de Instrucción (*examining judge*) o para el tribunal competente. En Ruanda estos poderes parecen ir más allá.

c) *Civil Law (sistema acusatorio)*

En principio cualquier medida tiene que ser autorizada por el Juez. Sin embargo, en situaciones excepcionales, cuando la dilación obstaculice la buena marcha del proceso, el Fiscal puede ordenar determinadas medidas (en Alemania: arrestos provisionales, registros y decomisos, vigilancia de comunicaciones; de modo similar en Finlandia, Italia y Costa Rica). En estos casos existe un control judicial *ex post*. En sistemas con Juez de Instrucción el Fiscal sólo puede ordenar arrestos provisionales; para las demás medidas se exige una orden judicial (Austria, Argentina, Chile). Otros modelos dejan que sea el Juez quien ordene este tipo de medidas (Brasil). Excepcionalmente, en Colombia, el Fiscal tiene plenos poderes para ordenar medidas coercitivas.

En los antiguos países socialistas, el Fiscal y la policía (al menos en Hungría) siempre pueden ordenar diversas medidas (arrestos provisionales, registros y decomisos, confiscaciones). Sólo recientemente y debido a la influencia del extenso modelo europeo de Derechos Humanos (miembro del Consejo de Europa) toda medida coactiva que limita la libertad personal y tiene un impacto importante en las garantías individuales debe ser ordenado por el tribunal (cf. la nueva ley húngara y la situación en Georgia). Aunque la Constitución rusa de 1993 prevé un control judicial de registros, decomisos, etc, el viejo sistema soviético subsiste debido a lagunas de legislación práctica, de modo que el Fiscal goza de amplios poderes.

El Fiscal puede hacer también comparecer ante sí a sospechosos, testigos y peritos después de la citación.

d) *China*

En China, el Fiscal tiene amplios poderes coercitivos. Los fiscales chinos se quejan de su dependencia de los órganos de seguridad para el reforzamiento de las medidas coactivas.

7. Más específicamente: ¿Hay injerencia política cuando se trata de casos rutinarios? ¿Cómo se acusa en casos políticamente sensibles, como aquellos que implican a jueces, políticos o funcionarios civiles senior?

Cuestión preliminar

Casi todos los informes niegan categóricamente que la injerencia política (general) exista del todo en sus sistemas. En general, la respuesta depende mucho del

concepto de "caso rutinario". Es claro, sin embargo, que la injerencia política no opera abiertamente y, por tanto, no sorprende que muchos informes no puedan identificarla. Esto no dice mucho sobre su existencia o inexistencia y sólo confirma nuestra ignorancia en vistas al fenómeno. Una respuesta aceptada más o menos generalmente se encuentra en el informe de Inglaterra y Gales cuando afirma que la injerencia política "no se conoce" y, si existe, está "muy bien escondida".

a) Common Law

Respuestas menos categóricas que admiten un cierto grado de injerencia política son las siguientes: el informe de Pakistán considera la influencia política "mínima" pero admite la "posibilidad". En Nigeria, existe la injerencia política, como se ha afirmado más arriba (pregunta 2), al menos en casos políticamente relevantes (que sin embargo no serían calificados como "casos criminales rutinarios"). De acuerdo con el informe de Mauricio la respuesta "no tiene fácil contestación" pero las denuncias de injerencia política se conocen sólo a nivel policial. En el informe de Sudáfrica, el fenómeno general de intentar influir en testigos es considerable. En Japón la influencia política es poco común aunque no por causa del control de la opinión pública.

Debe hacerse una distinción entre los casos individuales y las directrices de política general fiscal. Puede hablarse de una influencia política directa por decretos ejecutivos o directivas (véase pregunta 2).

En US los *casos sensibles políticamente* pueden ser acusados por un consejo independiente, nombrado por el Attorney-General.¹⁹ Esta posibilidad también existe en Canadá aunque la mayoría de estos casos siguen el procedimiento normal si bien son tratados por fiscales senior. Lo mismo ocurre en otros países examinados: los casos políticos son tratados de la misma forma que los casos ordinarios pero para dirigir la acusación puede ser designado el Attorney-General, el DPP o un Fiscal senior.

Las investigaciones de *independent counsels* no se ocupan, por definición, de "casos criminales rutinarios". Cuando estas investigaciones se dirigen contra funcionarios públicos senior o incluso Ministros o Presidente de US, el Ejecutivo suele tener un fuerte interés en el caso y podría intentar manipularlo. La ley Independent Counsel (1978) representa una respuesta del Congreso a este peligro con algunos precedentes históricos en este sen-

19 Véase para más detalles el trabajo de Donald Smalitz.

tido.²⁰ La ley intenta asegurar no sólo un nombramiento limpio sino también que el Fiscal especial pueda investigar sin ninguna amenaza de injerencia por parte del Ejecutivo.

b) Civil Law (modelo francés)

La injerencia política está limitada por la política general fiscal a través de directrices ministeriales u órdenes (véase pregunta 2). En casos individuales apenas se conocen injerencias.

El derecho a una intervención del Ministro de Justicia de acusar un determinado caso (*droit d'injonction positif*) apenas se utiliza en la práctica, al menos en Francia y Bélgica. Sin embargo, la mera posibilidad de actuar a través del Proscutor(s) General da al Ministro un considerable poder para intervenir en determinados casos. El peligro que comporta debería conducir al informe de Ruanda a pronunciarse en favor de la abolición de toda norma que permita una intervención del Ejecutivo en procesos criminales. En el informe de Egipto se afirma de modo más general:

"Aunque es difícil encontrar una prueba de intento consciente por parte del Ministro de Justicia de imponer esta filosofía legal sobre la acusación pública a través de sus poderes de supervisión, lo cierto es que la amenaza a la independencia del Fiscal existe. La *capacidad* de abuso por parte del Ministerio - la *posibilidad* de castigar acciones fiscales desfavorables, es suficiente para proteger la independencia de los órganos de acusación pública." (énfasis en el original)

La nueva legislación holandesa prevé que la injerencia ministerial se dé a conocer al público y al tribunal.

En los sistemas del Civil Law los *casos sensibles políticamente* son investigados en principio de la misma manera que los casos normales. Algunos oficiales de alto rango, especialmente Ministros, tienen un tratamiento privilegiado en los procedimientos ante el Tribunal de Casación o de Apelación (por ejemplo Francia, Esdimientos ante el Tribunal de Casación o de Apelación). Sin embargo, siempre existe la posibilidad de que se den ciertas instrucciones "favorables" del Ministro de Justicia a algunos fiscales encargados de tales casos.

Así, la Reforma francesa contempla la prohibición de toda instrucción individual. De acuerdo con la nueva legislación holandesa, la acusación de un juez, de un político o de un funcionario civil senior puede (de forma similar a la acusación de cualquier otra persona) impedirse por injerencia del Ministro de Justicia. Tales injerencias, sin embargo,

20 Por ejemplo, cuando el Presidente Nixon en 1972, durante la crisis del Watergate, nombró un fiscal especial a quien más tarde despidió insatisfecho con sus esfuerzos.

deberán hacerse públicas. En el caso de Ruanda el Ministro de Justicia puede vetar la investigación por intereses estatales.

c) Civil Law (sistema acusatorio)

Como se ha indicado anteriormente (b), la injerencia política está limitada por directrices generales y en casos individuales apenas se conoce. Sin embargo, no debe ignorarse que un ministro puede abusar de su influencia por medio del Fiscal General o directamente en un determinado supuesto. Por esta razón, se discute la posibilidad de que sea el Parlamento el que imponga tales directrices generales (Italia).

La investigación de oficio (*mandatory prosecution*) puede considerarse un "baluarte" contra la injerencia política al dejar al Fiscal poca o ninguna discreción para acusar si hay suficiente prueba.

En Finlandia hubo un tiempo en el que las declaraciones presidenciales influían en los fiscales. En Brasil, la influencia política es menor en las regiones más desarrolladas. El proceso de selección del Fiscal y su independencia política están consideradas como cruciales requisitos contra la influencia política. En Argentina, existe fuerte injerencia informal en casos de políticos o de sus amigos. En Colombia y Costa Rica se niega tal injerencia. En Rusia y Georgia, las antiguas prácticas soviéticas (así llamadas "telephone law", por ejemplo intervención por llamada telefónica) no parecen haberse superado todavía; en cualquier caso, es necesario valor y reputación.

Los casos políticamente sensibles o bien son tratados de la misma manera que los ordinarios (Austria, Alemania) normalmente por altos tribunales (Italia, Colombia, Chile) o/y exigen una aprobación del Poder Legislativo, un tipo de impeachment (Finlandia, Brasil, Colombia, Costa Rica). En cualquier caso es más estrecha la supervisión del Fiscal por sus superiores, incluyendo al Fiscal General quien puede informar al Ministro de Justicia. En la práctica en estos casos hay bastantes fiscales senior o un equipo de fiscales a cargo del asunto (Hungría, República Checa). En algunos Estados hay fuertes presiones sobre aquellos fiscales que intentan investigar en casos políticos o politizados (Brasil, Argentina, Colombia). El Parlamento puede jugar un importante papel como contrapeso de la presión política (Hungría).

En Austria ha habido injerencia en determinados casos de especial calado político. En Italia los partidos políticos intentan influir en ciertas acusaciones pero no está claro qué influencia tienen sus intentos. En Finlandia los altos oficiales son acusados por un tribunal especial sobre la base de una decisión parlamentaria ("Court of Impeachment"). En Brasil el procedimiento de impeachment conduce a la impunidad en Estados donde en relación con lo investigado existe mayoría parlamentaria. En Argentina impunidad se

extiende a complicidad o a miedo de los fiscales. En Colombia la presión de fiscales llega a comprender amenazas de muerte e incluso asesinatos cuando se trata de investigaciones concernientes al crimen organizado (tráfico de drogas) y derechos humanos (paramilitares). El caso de Georgia muestra que una investigación independiente de casos políticos está íntimamente relacionada con la separación de poderes y con la autonomía y reforzamiento del Fiscal.

d) China

En China, como ya se ha mencionado, el Fiscal está considerado como un órgano independiente. Sin embargo, la injerencia política tiene una base legal si se tiene en cuenta el proceso de selección y el control ideológico por el Tribunal Popular (pregunta 2; cf. Art. 22 seq. Prosecutor Act 1995).

Los casos sensibles políticamente son de exclusiva responsabilidad del Fiscal (investigación y acusación).

8. En relación con los tribunales penales internacionales: ¿Cómo cooperan las autoridades estatales/judiciales con los Tribunales Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda? ¿Exige la ley nacional a las autoridades nacionales que cooperen con los Tribunales Internacionales o depende la cooperación de decisiones discrecionales de las mismas o de órganos políticos? ¿Están también los tribunales nacionales implicados en la cooperación con los Tribunales Internacionales?

Dadas las diferencias tanto normativas como fácticas parece razonable hacer una triple distinción:

(1) Hay países que regulan la cooperación con el ICTY y el ICTR a través de leyes específicas:

- *Inglaterra y Gales*: UN ITFY Order 1996, SI No. 716 que, inter alia, prevé la entrega del acusado y el cumplimiento inmediato de las órdenes de los Tribunales;
- *Bélgica*: plena cooperación, competencia del Tribunal de Casación para aplazar el procedimiento; las medidas coercitivas son llevadas a cabo por el Juez Instructor (*examining judge*); órdenes de detención de cumplimiento no inmediato, posible orden judicial provisional;
- *En Holanda* se accede a las peticiones cuando sea posible si bien son objeto de un control judicial por la Hague District Court; entrega (no extradición);
- *Alemania*: especialmente buena cooperación con el ICTY (Ley de 1995, cf. *Bundesgesetzblatt* 1995 I 480), apenas con el ICTR (Ley de 1998, BGBl. 1998 I 843) a causa de la falta de casos; Ley de 13 de abril 1995: las órdenes del Tribunal son transmitidas al Ministro Federal de Justicia quien a su vez las transmite a los fiscales

locales competentes; las órdenes se cumplen en consideración a la Act on the International Assistance in Criminal Matters, que no es de aplicación directa;

- *Italia*: órdenes transmitidas al Ministro de Justicia y posteriormente al Procuratore Generale; entrega y no extradición si bien se examinan las solicitudes de extradición (especialmente jurisdicción del ICTY); para la ejecución de sentencias se exige el reconocimiento interno;

- *Hungría*: Ley 39 de 1996 reconoce la prioridad de la jurisdicción del ICTY; no son de aplicación los requisitos/obstáculos normales para la extradición; las órdenes del ICTY tienen que llevarse a cabo al ser de cumplimiento inmediato;

- *Georgia*: obligación de cooperar en virtud del Decreto presidencial de 6 de enero 1997 (más que una declaración política); especial interés a causa de la posible creación de un tribunal internacional en Abkhazia (república autónoma rebelde de Georgia);

- *Finlandia*: Ley de 5 de enero 1994; las solicitudes se transmiten al Ministro de Justicia; entrega si bien las reglas de extradición son aplicables *mutatis mutandis*; órdenes del ICTY de cumplimiento de acuerdo con la legislación interna; cumplimiento de sentencias de acuerdo con la Ley 21/87; el indulto, la conmutación de la pena y la puesta en libertad tienen que decidirse por un tribunal;

- *España*: en relación con el ICTY existe la Ley Orgánica 15/1994 (1 de junio) para la aplicación interna de sus decisiones.

- *Francia*: hay dos leyes reguladoras de la cooperación con el ICTY y el ICTR (Ley No. 955-I de 2 de enero de 1995; Ley No. 96-196 pf 22 de mayo de 1996) adaptando la ley francesa a las resoluciones del Consejo de Seguridad 827 (creación del ICTY) y 955 (ICTR).

(2) Hay otros países que no tienen *todavía* una ley pero cooperan activamente:

- este es el caso de *US* que apoya en especial al ICTY y es ciertamente el más importante poder en lo concerniente al cumplimiento de decisiones judiciales, especialmente de órdenes de arresto;

- este es el caso de *Canadá* a nivel diplomático en la práctica; no está sólo representado por el Prosecutor General sino que también planea la aprobación de una ley de auxilio entre el ICTY/ICTR y los tribunales nacionales;

- similar *Malí*: comisiones rogatorias internacionales (auxilio mutuo);

- la mayor asistencia la proporciona la *República Checa* al acoger refugiados de la Antigua Yugoslavia quienes luego actúan como testigos para el ICTY (se ha preparado ya un proyecto de ley);

- en cuanto a *Costa Rica* es de mencionar que uno de los magistrados del ICTY procede de este país.

(3) Hay países que no tienen legislación y cooperan (cooperarían) sobre una base *discrecional* en virtud de la ley internacional (Mauricio, Nigeria, Israel, Singapur,

Brasil, Argentina, Colombia, Chile, Japón, Corea, Rusia, Ruanda como caso especial); algunos en espera de una CPI en funcionamiento (Sudáfrica).

China es un caso bastante especial. Como miembro permanente del Consejo de Seguridad ha apoyado la creación del ICTY y del ICTR. Por otro lado, el Gobierno chino ha dejado claro - en su informe *amicus curiae* del caso *Blaškić* - que su interés por la seguridad nacional prevalece sobre la eventual obligación internacional de cooperar. En consecuencia China votó en contra de la ley de Roma para la creación de la CPI.²¹

Todos los miembros de la UN están obligados a obedecer las órdenes del ICTY y del ICTR - siempre que su obligación internacional no haya sido realizada a nivel nacional. Por ello en el US-informe se afirma que "Estados Unidos está obligado a proporcionar el auxilio solicitado por los Tribunales Internacionales por ser miembro de Naciones Unidas".

Conclusiones

Cuestiones generales

Del análisis de los informes nacionales se infiere que hay ciertas características generales en los modelos nacionales. La existencia de estas características en un modelo nacional no parece depender de la tradicional categoría (*common law/civil law*) a la que el modelo pertenece. Esto confirma el resultado general de la investigación en proceso penal comparado, de acuerdo con el cual el sistema tradicional no tiende a distanciarse sino a confluir.²² De este modo, las conclusiones siguientes intentan ser generales, buscando los límites de uno y otro sistema. La exposición sigue el orden de las preguntas y de la formulación de los informes que fueron objeto de discusión durante las jornadas.²³

1. Estatus del Fiscal

Lo que deba entenderse por "chief prosecutor" depende mucho del concepto de fiscal-jefe. Desde un punto de vista *estructural* el órgano más elevado es el Mi-

21 Sobre el Estatuto de Roma véase págs. 81 ss.

22 Véase Jörg/Field/Brants, en: Fennel/Harding/Jörg/Swart (eds.), *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, Oxford 1995 en 41-56 (55) cuando se habla de una "convergencia gradual" del sistema inquisitivo y acusatorio.

23 Véanse las cuestiones preliminares, infra págs. 615 ss. y el resumen de la discusión, infra págs. 651 ss.

nistro de Justicia o el Attorney-General, es decir, un miembro del Ejecutivo. Su influencia es considerable en vista del nombramiento o remoción del más alto fiscal y fiscales senior del país. Sin embargo, puede tener que compartir su poder con el Parlamento o la Corte Suprema. Hay también jurisdicciones donde un consejo independiente (judicial) (*Conseil Supérieur de la Magistrature, Consejo General del Poder Judicial, Consejo Superior de la Magistratura o Judicatura*) - independiente del Ejecutivo - puede nombrar y remover fiscales. En estos casos el Ejecutivo siempre puede influir enviando representantes a esta institución.

Si se analiza la pregunta en vista de las actuales competencias para investigar y acusar, el "chief prosecutor" es más bien el Prosecutor General (*Procureur General, Fiscal General*) o - en los modelos del Common Law - el Director of Public Prosecutions. Normalmente es un cargo independiente o un "cuasi funcionario judicial", y en cualquier caso, *formalmente independiente del Ejecutivo en lo que concierne a la investigación y acusación de delitos individuales*.

La jurisdicción del Fiscal-Jefe puede limitarse a delitos federales o conocer de todo delito. Esto dependerá de la estructura administrativa del Estado.

El Fiscal-Jefe es *nombrado* y removido por o con participación del Ejecutivo. La participación del Parlamento (*impeachment*) existe en algunas jurisdicciones del Common Law y del Civil Law. En los US los fiscales son normalmente elegidos. Un órgano judicial independiente como el *Conseil Supérieur de la Magistrature* puede tener una función de consejo (*advisory*). La remoción normalmente sólo es posible después de un procedimiento formal y por razones disciplinarias. La remoción de fiscales ordinarios normalmente exige la iniciativa o aprobación del Fiscal-Jefe.

2. Formas de control del Fiscal

En este punto debe distinguirse entre el control en *casos individuales* y el relativo a la política fiscal general y su correspondiente legislación. Ciertamente, en todo sistema el Ejecutivo puede definir a través de directrices de trabajo determinada política fiscal. Sin embargo, esta influencia general o control no debería, al menos en teoría, afectar a la acusación de casos individuales. En sistemas donde tal control está permitido (modelo francés), no se permite dar instrucciones al Fiscal para que no acuse (no hay *droit d'injonction négatif*). Si tal (directa) influencia se considera razonable tanto en sentido positivo como negativo, también es cierto que las directivas ministeriales tienen que ser hechas públicas y darse a conocer al tribunal competente (reforma holandesa).

Dada esta situación hay que decir que generalmente el Fiscal está sujeto a un control *específico* sólo dentro de su propia institución y a través de su subordinación jerárquica. Este control puede también alcanzar al derecho del Fiscal General de imponer sanciones disciplinarias. Además, puede haber control *judicial* en la fase pre-trial por un Juez instructor o una cámara pre-trial (*chambre d'accusation*). Tal control, en cualquier caso, es preferible al control por el Ejecutivo por ser más técnico que político. Esta es la base de la propuesta germano-argentina para conseguir un Fiscal independiente de una CPI y que finalmente salió adelante (Art. 15 Rome Statute).²⁴

Combinando las conclusiones 2 y 3 se podría, siguiendo a *Delmas-Marty*, hablar en general de una triple distinción: o bien el Fiscal es dependiente y fuerte (como en Alemania y Francia) o dependiente y débil (como en Inglaterra) o independiente y fuerte (como en Italia, Portugal y Colombia).²⁵

3. Mandatory prosecution contra discreción

En cuanto a la decisión del Fiscal de investigar o no, los informes nacionales muestran - al menos *de hecho* - una tendencia hacia la *discreción* de los fiscales. Esto está expresamente previsto en las jurisdicciones del Common Law pero también en las del Civil Law, donde a pesar del principio de mandatory prosecution (*procedural legality*), se pueden observar varias excepciones al mismo (*expediency, opportunity*). En este contexto se discute que las recientes reformas en todo el mundo hayan introducido ciertos mecanismos de negociación (*bargain*) que permitan concluir el caso con prontitud en base al acuerdo (*agreement*) entre el Fiscal y el acusado con o sin participación judicial. Aunque se invoque el cumplimiento estricto del principio de investigación oficial (*mandatory prosecution*), hay mecanismos de discreción fáctica al existir en la actualidad en el sistema de justicia no criminal la posibilidad de acusar toda ofensa sin que importe su gravedad.

Como regla general puede afirmarse que el control fiscal sobre el caso termina con la *jurisdicción* del tribunal. Muchos modelos prevén un examen judicial del escrito de acusación.²⁶ Durante el juicio, el Fiscal puede tener la facultad de retirar la acusación sin aprobación judicial pero no puede parar el procedimiento. Esto sólo es posible en un estricto sistema contradictorio (*adversarial*) (proceso de partes) donde la continuación del proceso es de la única responsabilidad de las partes.

24 Véase supra nota 22.

25 Cf. *Delmas-Marty* (ed.), *The Criminal Process and Human Rights*. Dordrecht et al. 1995, pág. 194.

26 Véase también *Ambos*, supra nota 1, en 52-5.

4. Responsabilidad del Fiscal

Como ya se ha mencionado, el control interno y, donde sea aplicable, el control judicial, son importantes mecanismos para asegurar la responsabilidad de los fiscales. Otra garantía posiblemente más importante es la amplia participación de las víctimas en los procesos criminales. Por un lado, las víctimas y/o sus parientes pueden tener la posibilidad de iniciar y continuar las acusaciones particulares (no sólo limitadas a los llamados delitos privados - "Privatanklagedelikte"). Por otro lado, las víctimas pueden tener el derecho de objetar o apelar ante el Tribunal contra la decisión del Fiscal (no sólo al Fiscal superior).

5. El Fiscal y la policía

En general, el Fiscal apenas puede controlar la investigación policial. Esto no es sólo aplicable a los modelos del Common Law donde la investigación policial y la acusación han estado tradicionalmente separadas y la policía y el Fiscal se consideran independientes en procesos criminales, sino que también es de aplicación en el sistema del civil law en cuanto que un control formal del Fiscal sobre la policía apenas es posible dado que actualmente los actos de investigación son llevados a cabo por esta última y su relación con el caso es más estrecha que la que tiene el Fiscal.²⁷ Ciertamente, hay todavía una diferencia entre un Fiscal que puede instruir a la policía a hacer esto o dejar aquello y uno que sólo recibe la prueba de la policía. Sin embargo, el control policial es algo más que una cuestión formal. Además, en cualquier modelo la cooperación entre la policía y el Fiscal es más estrecha cuando se trata de delitos más complicados como los relativos al crimen organizado.

Este análisis se confirma por la relación entre el Fiscal y la policía. El Fiscal y la policía normalmente sirven, dicho así, a diferentes amos (Ministro de Justicia y Ministro de Interior/Defensa). Así, el Fiscal, no puede normalmente imponer sanciones disciplinarias a la policía; sólo puede sugerir tales sanciones. Excepciones (Francia, Italia) confirman la regla.

6. Poderes coercitivos del Fiscal

En general, el Fiscal no puede iniciar medidas coercitivas (que afecten a garantías individuales del sospechoso) sin una autorización judicial.²⁸ Se puede admitir una

²⁷ Ibid., en 49.

²⁸ Ibid., en 51-2.

excepción en aquellos casos en los que la dilación pueda poner en peligro la buena marcha del proceso. Otra excepción se da como consecuencia de la investigación policial tradicional durante la cual la policía puede usar poderes coercitivos sin autorización judicial (llamadas "investigative measures").²⁹ Finalmente, hay también países donde el Fiscal tiene estas facultades (Holanda, Colombia).

Es importante también observar que el Fiscal puede tener ciertas facultades para conseguir pruebas, como por ejemplo ordenar la comparecencia de testigos y la presentación de documentos.

7. Injerencia política

La injerencia política en "casos rutinarios" no parece existir. Ciertamente la respuesta depende mucho del concepto que se tenga de "caso rutinario". Está claro que la injerencia política no opera abiertamente y, por tanto, no sorprende que la mayoría de los informes no lo puedan identificar. La injerencia política puede identificarse si las directrices políticas del Ejecutivo regulan el tratamiento de casos rutinarios y sobretodo si el Ejecutivo (Ministro de Justicia) tiene el derecho de interferir en la acusación o no-acusación de ciertos casos. La última situación es poco común.

La injerencia política puede existir en casos "políticamente sensibles".³⁰ Aquí es evidente el interés de la élite política. La extensión de la injerencia en tales casos pone de manifiesto si el imperio de la ley, en especial la separación de poderes y la igualdad ante la ley en un sistema dado, existe realmente o no. La acusación en estos casos se lleva de la misma manera que cuando se trata de casos normales si bien se reconoce a nivel más práctico que son fiscales senior o incluso fiscales-jefes quienes pueden estar a cargo de las actuaciones.

El mandatory prosecution puede ser considerado un "baluarte" contra la injerencia política en el sentido de que deja al Fiscal menos discreción (o ninguna) para acusar si existe suficiente prueba. Otro posible control de injerencia política es la obligación de hacer pública tal injerencia (propuesta holandesa).

²⁹ Ibid., en 52.

³⁰ Véase también *ibid*, en 47, donde se afirmaba que "el Ejecutivo sólo puede intervenir en caso de delitos considerados públicos o de interés nacional".

8. Cooperación con los Tribunales Ad Hoc

La cooperación con el ICTY y el ICTR o bien se regula en leyes específicas o bien se basa en la práctica diplomática. Lo último supone - a pesar de las obligaciones internacionales del Estado en cuestión - una amplia discreción de las autoridades nacionales.

Si existe ley de cooperación es de la mayor importancia que se consideren directamente aplicables las resoluciones y órdenes de los Tribunales Internacionales, aunque esto no sea lo normal. Aunque los sospechosos son entregados (¡no extraditados!) a los Tribunales, sus órdenes son cumplidas de acuerdo con la extradición nacional o leyes de auxilio. En otras palabras: las autoridades nacionales tienen que examinar la compatibilidad de estas órdenes con la legislación nacional. Es interesante el capítulo X de la Ley de Roma al optar por un compromiso entre las tradicionales leyes interestatales de auxilio legal mutuo en materia criminal y un régimen de cooperación *sui generis* que pone de manifiesto que la cooperación entre la nueva CPI y los Estados no puede tratarse sólo con soluciones tradicionales.³¹

Part III

Proceedings of the Workshop

- Conference Opening
- Issues Arising from the National Reports
 - Questions découlant des rapports nationaux
 - Cuestiones que suscitan los informes nacionales
- Summary of Discussions
 - Résumé des débats
 - Resumen de los debates
- Freiburg Declaration (in English, French, Spanish and German)

³¹ Véase más detalladamente Kreß, Penalties, Enforcement and Cooperation in the ICC Statute, (1998) 6 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 442 ss.

La dernière solution a été proposée conjointement par l'Argentine et l'Allemagne (dernière réunion de la ComPrépa en mars/avril 1998).³ Cette proposition prévoit qu'un procureur peut diligenter une enquête *ex officio*, c'est-à-dire sur la base d'une information émanant de toute "source digne de confiance". Elle a finalement été adoptée à Rome (cf. arts. 15, 53, et 54 du Statut de Rome).⁴

Cette solution est convaincante, et était politiquement réalisable dès lors qu'elle réconcilie la nécessité d'avoir un procureur puissant et indépendant avec le souhait de nombreux États de soumettre le procureur à un type de contrôle. Toutefois, on peut continuer à affirmer que cette solution ne confère pas au procureur un pouvoir suffisant, dès lors que cela autorise une ingérence judiciaire à un stade très précoce. Les mécanismes de contrôle comparables - la *chambre d'accusation* française, le *grand jury* (audience préliminaire) américain, ou le *Zwischenverfahren* allemand - n'interviennent que lorsque la phase préparatoire du procès est terminée et soumettent la mise en accusation à une vérification judiciaire.

Il existe aussi d'autres questions:

- Que signifie "un fondement raisonnable"? Est-ce seulement un problème de preuve, ou les critères socio-politiques/l'intérêt du public sont-ils compris?
- Si on crée une forme d'enquête préliminaire (test du fondement raisonnable), qui accomplira les mesures d'enquêtes nécessaires? Le procureur disposera-t-il de ressources propres et les contrôlera-t-il?
- Enfin: le contrôle sur le procureur ne devrait-il pas aussi être politique, étant donné le caractère des crimes internationaux sur lesquels il sera enquêté? Ne serait-il pas plus réaliste d'autoriser un contrôle politique clairement défini plutôt que de viser un contrôle libéré du politique, facilitant par là même d'autres mécanismes de pression politique.

Ces questions, et d'autres, seront à terme résolues par la CPI. L'objectif du groupe de travail est plus limité: contribuer à la mise en place d'un procureur près la CPI, efficace et indépendant, mais restant acceptable par le plus grand nombre.

Cuestiones que suscitan los informes nacionales¹

Conclusiones de los informes nacionales²

El Fiscal y los órganos políticos

El Fiscal depende de órganos políticos, en especial del Ejecutivo, en cuanto a su nombramiento y remoción. Estos órganos suelen fijar las líneas de actuación a seguir por los fiscales, por lo que puede hablarse de una influencia *general*. Sin embargo, esta influencia no se extiende normalmente a la investigación y acusación cuando se trata de casos particulares, aunque haya modelos que la permitan (por ejemplo, el modelo francés por medio del *droit d'injonction positif*). Obsérvese también que tal influencia puede ejercerse por medio del Fiscal General (Prosecutor General).

Otras cuestiones, como el acceso del Fiscal a la prueba, pueden tratarse en la primera sesión.

Fiscal, proceso penal y otras instituciones de justicia criminal

El trabajo del Fiscal depende de la prueba presentada por la policía, por lo que parece necesario cierto control de la investigación (policía). Tal control puede lograrse dando órdenes a la policía durante la investigación, si bien puede considerarse suficiente que el Fiscal se haga cargo del caso cuando la investigación policial haya concluido. Estas consideraciones muestran que el papel del Fiscal en la fase anterior al juicio depende mucho del tipo de órgano de investigación previsto. En cualquier caso es necesario algún tipo de control de la investigación por parte del Fiscal.

Por otro lado, el Fiscal puede ser controlado por órganos judiciales. Los fiscales deben responder de sus decisiones y esta responsabilidad puede exigirse por medio de un control judicial de toda decisión del Fiscal o sólo de aquellas decisiones que ponen fin al procedimiento. En este sentido, la *chambre d'accusation* francesa, el *Grand Jury* (o preliminary hearing) de US o el *Zwischenverfahren* alemán, ofrecen soluciones interesantes. A nivel internacional tal control puede llevarse a cabo por la cámara pre-trial de la Corte Penal Internacional (CPI) (véase abajo).

¹ Observaciones realizadas antes del debate de los participantes en las reuniones de trabajo (véase programas en págs. 701 ss.). Versión actualizada en enero de 1999.

² Véase resumen de los informes nacionales, supra págs. 567 ss.

³ Cf. aussi le document préparé par le Bureau du Procureur, pp. 155 et s.

⁴ Cf., pour une analyse du Statut de Rome, *Ambos*, supra pp. 41 et s.

El Fiscal y otras partes interesadas

El Fiscal puede asimismo ser controlado por otras partes interesadas. En este contexto, el papel de las víctimas tiene una especial importancia. Las víctimas deben contar con el derecho de acusar "de modo particular" - independientemente del Fiscal - los delitos cometidos contra ellas. Debe reconocérseles también la posibilidad de discrepar de aquellas decisiones de los fiscales que pongan fin al procedimiento.

Otra cuestión es la relativa a la responsabilidad pública y control del Fiscal. Es ciertamente interesante, aunque para algunos modelos una propuesta inaceptable, someter al Fiscal a un mayor control público obligándole a poner de manifiesto sus injerencias externas o incluso internas en casos particulares. A nivel internacional, sin embargo, tal control público parece estar asegurado por el interés internacional de los casos (pocos) llevados ante el CPI.

El Fiscal ante un CPI

Un análisis comparativo de los informes nacionales pone de manifiesto que en los principales modelos de justicia criminal puede hablarse de un Fiscal fuerte e independiente que cuenta con una sólida posición.³ De aquí puede inferirse la existencia de un principio general de Derecho internacional.

Si este principio general se aplicase al CPI, tendría por efecto asegurar la discreción del Fiscal de modo que no se viera influenciada al menos directamente por decisiones políticas tomadas por los gobiernos, por los Estados o por el Consejo de Seguridad. En otras palabras, la decisión del Fiscal de investigar o no investigar sólo se tomaría en base a las circunstancias del caso, a su valoración fáctica y jurídica.

Esto no excluye ninguna forma de control de la investigación y de la acusación. Sin embargo, la cuestión es si tal control sería político (por la injerencia estatal) o se realizaría más bien sobre la base de meras consideraciones jurídico-técnicas (por ejemplo por una cámara pre-trial de una CPI; en base a la *chambre d'accusation* francesa).

3 Véase resumen, supra en págs. 567 ss.

La última solución ha sido propuesta conjuntamente por Argentina y Alemania (último encuentro en marzo-abril de 1998).⁴ Esta propuesta prevé un Fiscal que puede iniciar una investigación *ex officio*, es decir sobre la base de información obtenida por cualquier "fuente fiable", lo cual fue aprobado finalmente en Roma (véanse artículos 15, 53, 54 Estatuto de Roma).⁵

Esta solución resulta convincente y políticamente posible al reconciliar la necesidad de un Fiscal fuerte e independiente con el deseo de muchos Estados de someterle a alguna forma de control. Sin embargo se podría afirmar que esta solución no otorga al Fiscal suficiente poder en cuanto permite una injerencia judicial en un estadio muy temprano de la causa. Mecanismos comparables de control - la *chambre d'accusation* francesa, el Grand Jury (*preliminary hearing*) de US o la *Zwischenverfahren* alemana - sólo intervienen cuando la fase anterior al juicio ha concluido y se somete el escrito de acusación a un examen judicial. Se plantean también otras cuestiones:

- ¿Qué significa "argumento razonable"? ¿Es esto algo evidente o deben incluirse criterios socio-políticos e intereses públicos?
- Si hay algún tipo de investigación preliminar (reasonable basis test) ¿quién llevará a cabo las necesarias medidas de investigación? ¿tendrá el Fiscal sus propios recursos y su control?
- Finalmente: ¿no debería ser también político el control del Fiscal dado el carácter internacional de los delitos investigados? ¿No sería más realista de permitir un control político claramente definido en vez de prever un control libre de la política así facilitando otros mecanismos de presión política?

Estas y otras cuestiones serán finalmente resueltas por el CPI. El objetivo de estas reuniones de trabajo es más limitado: contribuir al logro de un Fiscal de la CPI que sea eficaz, independiente y también ampliamente aceptable.

4 Véase también el escrito elaborado por la Oficina del Fiscal, págs. 121 ss.

5 Véase para un análisis del Estatuto de Roma *Ambos*, supra págs. 81 ss.