

GARANTÍAS Y DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Óscar Julián Guerrero Peralta

SUMARIO

1. Introducción.
2. La búsqueda de legitimación de la justicia internacional y sus referentes domésticos.
3. Lo acusatorio y lo inquisitivo en el plano internacional. Otra muestra de un eterno desencuentro.
4. La dificultad de conformación de un proceso con todas las garantías en el contexto internacional.
5. La legalidad de la detención.
6. La compatibilidad de la alegación de culpabilidad con la justicia penal internacional.

1. INTRODUCCIÓN

El creciente interés que despierta el Derecho penal internacional ha puesto de presente la necesidad de una estrecha relación entre varias ramas del saber jurídico, como son el Derecho internacional (con sus variantes de Derecho internacional humanitario, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho consuetudinario) y el Derecho represivo. Este diálogo se ha intensificado desde 1998 con la puesta en marcha del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), aunque no se ha llegado a resultados que satisfagan las exigencias de todos los sistemas jurídicos que pretenden ver sus categorías adecuadamente representadas en el contexto de los desarrollos jurídicos

recientes¹. El problema se evidencia en los aspectos sustanciales, en los cuales el Derecho penal internacional posee alguna especificidad; así por ejemplo, las doctrinas de la responsabilidad penal omisiva del superior², la participación en la empresa criminal conjunta o las consabidas exigencias de la culpabilidad. Pero la discusión parece acen- tuarse más en el proceso penal, ello debido a la ya intensamente probada confluencia de diversas tradiciones jurídicas a las que pertenecen los jueces internacionales.

Considerando esas divergencias, este texto tiene por objeto describir un limitado número de problemas procesales que se presentan en el contexto internacional, y a partir de allí ilustrar al lector sobre la dificultad de configuración de la noción del debido proceso en la jurisdicción penal internacional. Las referencias básicas se han de encontrar en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales internacionales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda con sus correspondientes reflejos en la normativa del Estatuto de Roma de la CPI³.

2. LA BÚSQUEDA DE LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL Y SUS REFERENTES DOMÉSTICOS

El punto de partida para el estudio de las garantías y el debido proceso en la jurisdicción penal internacional no puede soslayar el tema de las dificultades que enfrenta un modelo de administración de justicia dispuesto expresamente para la investigación y juzgamiento crímenes internacionales. El hecho mismo de catalogar una conducta punible como constitutiva de una infracción penal internacional representa un problema significativo para determinar si la misma debe tramitarse en la jurisdicción internacional o en el ámbito estrictamente doméstico. En consecuencia, las nociones fundamentales de competencia o jurisdicción adquieren otro cariz en el contexto del Derecho procesal

1 Para los efectos de nuestro interés remitimos a la reciente obra de AMBOS, KAI. *Internationales Strafrecht*. CH Beck . Munich.2006. en especial § 8. pp. 259-285. Igualmente en los aspectos sustanciales puede consultarse el texto de WERLE, GERHARD. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia.2005.

2 Para las reflexiones sustanciales del tema AMBOS, KAI. *La Parte general del Derecho penal internacional*. Duncker & Humblot. Temis. FKA. Montevideo. 2005, en especial, pp. 295-333.

3 Para las referencias estrictamente procesales de la CPI remitimos a GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y Acusación*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. En investigación, OLÁSULO, HÉCTOR. *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar?* Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Para los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda, BELTRÁN MOTOLIU, ANA. *Los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Organización, proceso y reglas de procedimiento y prueba*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. En sus aspectos meramente informativos remito a GUERRERO P., ÓSCAR JULIÁN. *Algunos aspectos del procedimiento penal en el Estatuto de Roma de la CPI*, en AMBOS, KAI. *La nueva justicia penal supranacional*. Desarrollos post Roma. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002, pp. 231-272.

penal internacional, cuya interpretación debe ser armónica con las exigencias de las garantías para el inculpado, en especial con la garantía del debido proceso⁴.

Como es sabido, el juicio de Nuremberg marcó una pauta a efecto de solucionar el problema de la competencia de la justicia penal supranacional para determinar responsabilidad penal individual por crímenes internacionales en la famosa sentencia *U.S. vs. Ohlendorf et al.*⁵. No obstante, la crítica posterior reconoce que el tema del debido proceso en sus variantes de rituales para adelantar la actuación procesal y órganos judiciales previamente establecidos, realmente se consideró un aspecto secundario al momento de la elaboración del Estatuto del Tribunal Penal Militar, lo que se reafirma con el escaso engranaje de derechos para el acusado en la fase de investigación, ya que se contaba como algo obvio el reconocimiento del derecho a responder los cargos (art. 16 b) y a ser interrogado en un lenguaje de su comprensión (art. 16 c).

Por su parte, el tema de la legitimidad de la justicia penal internacional fue abordado tempranamente por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) a propósito de una apelación entablada contra la Sala de Primera Instancia que pretendía desconocer la competencia del Tribunal Internacional para investigar y juzgar las conductas que constituyen la competencia *ratione materiae* contenida en el Estatuto. Resulta interesante en esta decisión el enfoque que adopta el TPIY para reafirmar su competencia a propósito de la existencia de normas provenientes del Derecho internacional de los derechos humanos que contemplan como parte del debido proceso la exigencia de que la actuación judicial se adelante por parte de un “órgano establecido por la ley”. En otras palabras, se trataba de dilucidar si la creación del TPIY contradecía el principio general del Derecho aceptado por los sistemas jurídicos de las naciones civilizadas y el Derecho internacional de los derechos humanos, según el cual los tribunales deben ser establecidos por una “ley” que emane de la legitimidad democrática⁶.

En efecto, el TPIY, después de hacer una valoración de los problemas obvios que siempre han sido materia de discusión, como la soberanía estatal o la relación entre los tribunales de justicia internacional y las relaciones interestatales, asume, de entre las interpretaciones plausibles de las palabras “*órgano establecido por la ley*”, aquella que corresponde a la noción de establecimiento de conformidad con los principios de Estado de Derecho,

4 Véase a este respecto el trabajo de DEFRANCIA, C. “*Due Process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters*” Virginia Law Review, n.º 87. 2001, pp. 1381-1347.

5 Como se afirmó en aquella famosa decisión: “Los crímenes contra la humanidad son acciones cometidas indiscriminada y sistemáticamente contra la vida y la libertad y deben ser observados en lo que concierne al ámbito de competencia internacional ; el concepto de crímenes contra la humanidad no resulta aplicable a los delitos para los cuales el Código Penal de un ordenamiento estatal determinado hace una disposición pertinente”. (*U.S. v Ohlendorf et al. Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, t. IV, p. 498*).

6 PROSECUTOR V TADI . *Decision on the defence motions for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2, octubre de 1995.

también dentro del contexto de Derecho internacional, esto es, la existencia de un fundamento legal para el establecimiento del órgano teniendo en cuenta la existencia de unos estándares que ya han hecho carrera en el entorno del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta interpretación está soportada en la propia historia del artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que deja en un segundo plano la consideración sobre el pre-establecimiento del órgano encargado de administrar justicia y se cifra en la determinación de que el tribunal sea creado *por un órgano competente de conformidad con los procedimientos establecidos para tal fin observando los requerimientos de un proceso justo e imparcial*.

El TPIY llega a esta conclusión después de explorar las interpretaciones provenientes de una exégesis del instrumental jurídico del Derecho internacional de los derechos humanos que permitirían asimilar la noción de debido proceso en el ámbito doméstico y en el internacional. Así, la ausencia en el plano internacional de órganos constituidos como parlamentos u órganos ejecutivos del Derecho constitucional doméstico, no permitiría una interpretación acertada de la noción de un “órgano establecido por la ley”. En igual sentido, la búsqueda de analogías, como aquella que se refiere a considerar la Asamblea General de Naciones Unidas como un órgano deliberativo en el contexto internacional y el Consejo de Seguridad como un órgano de decisión de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, no se presenta como solución satisfactoria para determinar que la noción de “órgano establecido por la ley.”, y por lo tanto de su componente del debido proceso, sirve a los efectos de la justicia internacional.

Sin dejar de ser un problema secundario, se puede considerar que la nueva legitimidad de la justicia penal internacional hoy es más sólida que en anteriores épocas. No obstante, existen otros problemas ligados a este, como por ejemplo el de su enorme selectividad y, por supuesto, el de si ella tiene las herramientas para realizar un proceso verdaderamente justo y equitativo. En el intento de dar respuesta a estos planteamientos son varias las aristas que se deben analizar, entre otras, la correspondiente a la filiación jurídico-cultural del proceso penal internacional.

3. LO ACUSATORIO Y LO INQUISITIVO EN EL PLANO INTERNACIONAL. OTRA MUESTRA DE UN ETERNO DESENCUENTRO

3.1. La estructura del proceso penal internacional como problema para la protección de las garantías judiciales

Uno de los aspectos más debatidos por la crítica jurídica internacional es el relacionado con la formulación del proceso y, por supuesto, el de su capacidad para proteger los derechos de los investigados y los imputados. Las conclusiones son diversas a este respecto, y así se puede mostrar la diferencia de posiciones dependiendo del enfoque que se asuma para explicar el problema. En primer lugar aparecen los especialistas

en Derecho comparado⁷ que concluyen que sin lugar a dudas la jurisprudencia de los tribunales ad hoc en mucho ha recurrido a los sistemas domésticos, y que por tal razón la interpretación necesariamente guarda elementos de los dos modelos, que, por cierto siendo compatibles, han perjudicado la posición del procesado.

En segundo lugar, aparecen aquellos que siguiendo una línea tradicional se empeñan en mostrar la inexistencia de modelos procesales puros, pero que a su vez reconocen que la complejidad de interpretación de un instrumento internacional no permite los encasillamientos a los que está acostumbrado el proceso penal doméstico. Es el caso del antiguo juez PATRICK L. ROBINSON⁸, quien en el examen de las dificultades de adecuación del proceso penal en el TPIY argumenta que los fines propuestos por los estatutos de los tribunales ad hoc generan una tensión constante, entre la mayor amplitud que se le da al objetivo de realizar un proceso justo y expedito, sin olvidar que el contexto y los fines principales que propone la normativa de las Reglas de Procedimiento y Prueba es la investigación y juzgamiento de los responsables de violaciones del Derecho internacional humanitario. Los cuestionamientos que plantea esta tensión son altamente sugestivos para cualquier jurista que se haga una pregunta fundamental, esto es la de si los tribunales penales internacionales, por el hecho de juzgar crímenes internacionales, tienen una exigencia mayor que los tribunales domésticos.

La respuesta a este interrogante no es fácil, y el autor del trabajo comentado así lo reconoce cuando afirma que, más allá de los etiquetamientos de lo acusatorio o lo inquisitivo, el trabajo jurisprudencial del TPIY requiere de una comprensión especial que no permite una comparación en pie de igualdad con los modelos domésticos del proceso penal. En efecto, la diferencia con los sistemas domésticos estriba en que si las normas de procedimiento y prueba no dan una respuesta en términos explícitos al problema planteado, entonces entra en juego la capacidad creativa de los jueces, que se pone a prueba en lo acertado que resulte esa creación para los fines que se propone el Estatuto. Así, el juez recurre a multiplicidad de fuentes más allá de las exigencias que imponen otras normas de Derecho internacional, particularmente a las que corresponden al Derecho internacional de los derechos humanos aplicadas al proceso penal.

Un ejemplo de este enfoque puede hallarse en el caso de los problemas que plantea la admisión de prueba. Aquí por ejemplo, es bien sabido que el modelo anglosajón ha acuñado como una regla de oro del procedimiento la exclusión de evidencia que provenga de testimonios indirectos o “de referencia”. Las razones que permiten dicha exclusión en el modelo anglosajón se relacionan con la capacidad de un testimonio indirecto para

7 A este respecto véase, por ejemplo, DELMAS-MARTY, MIREILLE. *La influencia del Derecho comparado sobre la actividad de los Tribunales Penales Internacionales*, en CASSESE/ DELMAS-MARTY (Eds). *Crímenes internacionales y Jurisdicciones internacionales*. Norma. Bogotá. 2004, pp. 127-174.

8 ROBINSON, PATRICK L. *Ensuring Fair trial and expeditious Trials at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. *European Journal of International Law*, vol. 11, n.º 3 (2000), pp. 569-589.

que un jurado pueda apreciar imparcialmente los hechos sin las distorsiones propias de una declaración secundaria. Pues bien, el TPIY, en los casos de Tadić, Blaskić, Aleksovski¹¹, y Kordić¹², ha tratado de manera poco coherente la evidencia indirecta recolectada en la etapa preliminar. Justamente en estos casos se puede observar que las diferentes tradiciones jurídicas se entrecruzan, pero en definitiva pesa el argumento de la especialidad. El TPIY para estos efectos parte de una interpretación de la regla 89 (c), según la cual es posible admitir cualquier evidencia relevante, siempre y cuando en el caso de los testimonios puedan probar la verdad de su contenido; por lo tanto una sala de instancia se puede satisfacer con ella si le resulta fiable para este propósito, en el sentido de que siendo voluntaria, verdadera y confiable sirve a los efectos previstos en la norma por el contenido de la información y por las circunstancias bajo las cuales fue recolectada¹³.

Otros ensayos han podido observar con lujo de detalles que la estructura del proceso de los tribunales ad hoc es nominalmente acusatoria en aquello que se refiere al sistema adversativo de decisión, pero encuentran serias dudas para caracterizarlo como tal. Al igual que ha sucedido con los procedimientos de reforma penal latinoamericanos¹⁴, lo acusatorio se asume en el contexto internacional como una categoría fuertemente politizada que identifica ciertos rasgos del modelo anglosajón con la proyección de un proceso penal moderno pero que no llegan a asumir las complejidades estructurales que ello conlleva. Desde este punto de vista, el enfoque de MEGAN FAIRLINE¹⁵ muestra el abuso de la terminología, que en últimas permite construir reglas que van en desmedro de un criterio aceptable de debido proceso. En efecto, si se examina, por ejemplo, el papel que juegan los jueces en la etapa de instrucción penal con la posibilidad de controlar parte de la recolección probatoria de la Fiscalía, se puede concluir que el diseño asume elementos inquisitivos. Estos elementos se diseñan con el pro-

-
- 9 PROSECUTOR V. TADI . Case IT-94-1, *Motion on Hearsay*, agosto 1996. Decisión. Mayo 1997. FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R., “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho internacional (Decisión de la Sala de Apelación de 2 de octubre de 1995, en el asunto Tadić/competencia)”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, n.º 2 (1996), pp. 11-44.
 - 10 PROCESUTOR V. TIHOMIR BLASKI . Case IT -95-14. *Decision on the Defence Motion for Reconsideration of the Ruling to exclude from Evidence authentic and exculpatory Documentary Evidence*, 30 de enero de 1998.
 - 11 PROSECUTOR V. ALEKSOVSKY. *Decision on the prosecutor’s appeal on the admission of evidence*, Case n.º it-95-14 /1. 16 de febrero de 1999.
 - 12 PROSECUTOR V. KORDIC et al. Case IT-95-14/2. *Decision on the prosecution application to admit the Tulica report and dossier into evidence*. 27 de julio de 1999.
 - 13 WALD, PATRICIA M. *To establish incredible events by credible evidence: The use of affidavit testimony in Yugoslavia war crimes Tribunal Proceedings*, *Harvard International Law Journal*, n.º 42.2001, pp. 535-554.
 - 14 AMBOS, MAIER y WOISCHNICK. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Ad-Hoc. FKA. Buenos Aires. 2000.
 - 15 FAIRLINE, MEGAN. *The marriage of Common and Continental Law at the ICTY and its progeny, Due Process Deficit*. *International Criminal Law Review*, n.º 4. 2004, pp. 243-319.

pósito de proponer las debidas salvaguardas para el investigado antes del juicio, pero no se compadecen con la filosofía acusatoria que logra un resultado más óptimo para garantizar la situación del investigado en una fase posterior a la instrucción a través de las rigurosas reglas de admisión de evidencia, y consecuentemente con el régimen de exclusión probatoria¹⁶.

En igual sentido, se puede aceptar estructuralmente que el proceso es acusatorio en aquello que se refiere al modelo de partes, pero un aspecto como el de la vigilancia de la fase de investigación por cuenta de los jueces trae como consecuencia que el Fiscal esté más preocupado por la legalidad de la recolección de la evidencia que por la averiguación de los hechos, incluso aquellos que serían determinantes en la demostración de ausencia de responsabilidad del acusado. Lo mismo ocurre con la exigencia de la investigación secreta que disminuye ampliamente las posibilidades de la defensa. Mientras que en la filosofía acusatoria típicamente anglosajona se dispone de canales de comunicación con el sospechoso antes de la acusación, y el modelo se equilibra con las reglas de descubrimiento de evidencia antes del juicio, en los tribunales ad hoc puede haber personas que jamás estén conscientes de que fueron investigadas hasta el momento en que llega una acusación.

Todas estas apreciaciones hacen concluir a FAIRLINE que en realidad el proceso penal que se adelanta en el TPIY adolece de muchas falencias, producto de la amalgama entre el sistema continental y el sistema anglosajón. Según este estudio, la adopción de un verdadero modelo acusatorio no generaría semejante déficit frente al debido proceso.

ZAPPALÀ¹⁷, por su parte, en uno de los textos más importantes sobre la convergencia entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el proceso penal en el contexto internacional, piensa de manera bien distinta. De acuerdo con su trabajo, la introducción del modelo de rasgos adversativos de tradición angloamericana realmente no se compadece con las exigencias de la justicia penal internacional. Al igual que ROBINSON, ZAPPALÀ recalca el aspecto especial que acompaña el trabajo de la justicia internacional, que el concreta en tres razones: primero, se trata de crímenes internacionales cuya comprobación en el marco del trabajo judicial es sumamente compleja; segundo, cada decisión tomada tiene un alto componente político; tercero, no se puede olvidar que es una justicia altamente dependiente de la colaboración y la cooperación internacional de muchos Estados, y en esa medida deben solventarse muchos requerimiento burocráticos para todas las actuaciones. Por lo tanto, aspectos como el derecho a un juicio rápido deberían solventarse frente a estas dificultades que, no sobra anotar, de alguna manera

16 También trata este punto con referencia a la labor del Fiscal DELMAS-MARTY. *Supra* nota 7, analizando el caso PROSECUTOR v KUPRESKI, et al. Case IT-95-16-T. *Decision on communications between the parties and their witnesses*, 21 de septiembre. 1998.

17 ZAPPALÀ, SALVATORE. *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2003, pp. 16-17.

deben complementarse con la necesidad de no dejar impunes las conductas que deben ser investigadas por el tribunal, toda vez que para eso fue creado el mismo.

Una novedosa interpretación del problema con las aristas de solución posibles, se puede encontrar en el trabajo del argentino MÁXIMO LANGER¹⁸. De acuerdo a este enfoque, el diseño procesal originario en los tribunales ad hoc estuvo decididamente orientado a la tradición jurídica angloamericana, y así lo entendieron los jueces que conformaban el TPIY¹⁹. Pero después de 1994 este enfoque se abandona debido a las críticas que se realizaron contra la forma de administrar justicia por parte del TPIY, particularmente en lo relativo la lentitud y la ineficiencia del tribunal para adelantar los trámites. En cinco años el tribunal solamente había dictado sentencia en dos casos²⁰, y pronto el número de procesos aumentó significativamente, de manera que las circunstancias presionaron un cambio para introducir reformas en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) que produjeron un sistema híbrido que le da mayor responsabilidad al juez en el sentido de procurarse un buen número de informaciones antes del juicio, de la preferencia por pruebas escritas recogidas en los países en donde se adelanta la investigación e incluso la aceptación, y valoración de pruebas expuestas por testigos bajo protección.

LANGER opina que el cambio, si bien puede considerarse un viraje que abandona el modelo básicamente acusatorio, no hay que entenderlo necesariamente como la introducción de un diseño procesal inquisitivo presionado por las circunstancias. Más bien, el autor observa que este papel activo que asume el juez se enmarca en el contexto de un sistema procesal con gerencia judicial moderna, de tal manera que el juez se asegura una etapa de investigación controlada, con amplia intervención sobre el recaudo probatorio del acusado y el fiscal, lo que le permite en un mínimo de tiempo preparar casos para juicio (Regla 73)²¹. Así, el juez cuenta con las facultades para llamar a las partes a fin de convenir el número de testigos a presentar, así como el tiempo que debe durar el interrogatorio, para establecer el objeto del juicio y hacer estipulaciones probatorias entre las partes, etc.

Estas reformas tienden a presentar un modelo ejemplar de proceso judicialmente gerenciado que se aparta de lo inquisitivo. En primer lugar, los informes escritos del fiscal y el juez de investigaciones preliminares en nada se parecen al expediente. Son

18 LANGER, MÁXIMO. *El sistema del tribunal gerencial en el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia*, en Estudios sobre justicia penal. Homenaje a JULIO MAIER. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2005, pp. 671-698.

19 El papel pasivo del juez imparcial se puede apreciar en la actitud que los jueces tuvieron frente a ciertas reglas, entre otras, las que corresponden a la presentación de prueba en juicio, ordenar a las partes la producción de prueba adicional y librar órdenes para que las partes pudieran hacer sus investigaciones, etc. Reglas originarias de Procedimiento y Prueba 54, 85, 98, antes de su reforma en 1995.

20 PROSECUTOR v. TADI, Case IT-94-1 1997. PROSECUTOR v. ERDEMOVIC. Case IT-96-22. 1998

21 Así, en casos como PROSECUTOR v. KORDIC y CERQUEZ Case IT -94-14.2, o PROSECUTOR v. SESELI. Case IT -03-67-1, se ha recurrido a estos poderes del juez con óptimos resultados.

documentos que tienen por objeto preparar el juicio oral²²; la introducción de testimonios escritos se caracteriza como una actuación que se realiza en interés de la justicia, que no necesariamente afectan el interrogatorio cruzado debido a que han sido practicados de manera imparcial. Además de estas reformas, se anotan la eliminación de las audiencias separadas para culpabilidad y sentencia, y la limitación de los recursos. No obstante este enfoque de la gerencia del proceso a efecto de su celeridad, la pregunta sigue latente, esto es, ¿sirven estas reformas al aseguramiento de las garantías procesales de los investigados y acusados?

Una versión menos optimista que la de LANGER, en aquello que se refiere al manejo de los casos por cuenta de los jueces, es la de KAI AMBOS²³. Las conclusiones de su estudio advierten que la dicotomía entre lo acusatorio y lo inquisitivo está superada y el sistema de administración de justicia penal internacional está más bien en el camino de un procedimiento *sui generis*. Aún más, la superación de estas etiquetas (que de hecho la mayoría de los autores consultados para esta ponencia reclaman) debe dirigirse al plano de la solución de las tareas del tribunales ad hoc, de la búsqueda de un estándar básico de juicio justo e imparcial, y de su compenetración con los instrumentos internacionales de derechos humanos. A este respecto se recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avaló el proceso penal que emplea el TPIY como un proceso que ofrece todas las garantías para un debido proceso, incluyendo la garantía de imparcialidad e independencia del tribunal²⁴.

En esta misma línea, pero sin separarse de la noción de especialidad, otros, como KNOOPS²⁵, prefieren un enfoque ecléctico, en el cual no hay lugar a preguntar por la naturaleza jurídico-cultural del procedimiento, sino más bien por un modelo experimental en construcción, si se tiene en cuenta que ha sido la práctica la que ha acuñado buena parte de las RPP de los tribunales ad hoc corrigiendo (o empeorando) la situación de los procesados de acuerdo con los criterios de un proceso penal de una sociedad democrática o ajustados al Estado de Derecho. Desde este punto de vista, se deberá esperar al trabajo de la Corte Penal Internacional, pues las Reglas de Procedimiento y Prueba de

22 LANGER se refiere a las modificaciones para la admisión de prueba realizadas por los mismos jueces del TPIY.

23 AMBOS, KAI. *International criminal procedure: "adversarial" "inquisitorial" or mixed?*, en *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht. Duncker & Humblot. 2004, pp. 43-62, o *International Criminal Law Review*, n.º 3. 2003, pp. 1-37. Versión castellana: *¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?*, en *Derecho penal contemporáneo*. Legis. Bogotá. 2004, pp. 5-56. El autor cita los documentos de las reuniones de expertos que afirman que las mejoras en la administración de los casos no se pueden hacer en un sistema de common law: p. 55 (versión castellana).

24 Caso NATELILIC v. CROACIA. 4 de mayo de 2000.

25 KNOOPS, GEERT ALEXANDER. *Theory and Practice of international and Internationalized Criminal Proceedings*. Kluwer Law International. 2005, pp. 8-10.

la novedosa Corte, en parte, son el reflejo de la experiencia de los tribunales con sus correspondientes críticas y modificaciones.

En efecto, si se compara el Estatuto de Roma con las RPP de los tribunales penales internacionales ad hoc se entiende que estos últimos prestan de la experiencia del Derecho procesal penal doméstico basados originalmente en los principios del common law. En el caso del proceso penal ante la Corte Penal Internacional se tiene más bien un régimen que se reconoce de antemano como híbrido, en el que la filosofía que lo soporta corresponde al modelo anglosajón, pero con fuertes controles respecto de lo que resultaría característico de aquél, como por ejemplo la discrecionalidad del Fiscal para acusar e investigar. Así, los jueces tienen amplio poder para salvaguardar los derechos del procesado en la etapa de investigación²⁶. Tanto el fiscal como los magistrados tienen especial responsabilidad para identificar y asegurar el material probatorio que exculpe al investigado asistiendo indirectamente a la defensa, o también existe un control de los jueces sobre el deber de investigar por parte del fiscal cuando este desea aplicar el principio de oportunidad²⁷.

Con todo, sería difícil matricularse en una perspectiva de las anotadas y, por lo tanto, es obvia la pregunta de si la filiación jurídico-cultural del proceso es capaz de darle respuesta a los interrogantes que plantea la necesidad de estructurar un modelo que satisfaga las pretensiones de administrar justicia penal internacional y, a la vez, un respeto máximo a los derechos del imputado. No lo creemos. Es más, el modelo híbrido de justicia penal internacional no es ajeno a la censura que se le ha hecho a otras formas de justicia penal severamente criticadas, como por ejemplo la justicia sin rostro (testigos ocultos), la justicia que sustrae al abogado defensor el material probatorio de cargo o la justicia que no permite un claro ejercicio del derecho de defensa con fundamento en la especialidad (criminalidad organizada, terrorismo, etc.) del Estatuto. De ahí que creemos preferible un enfoque en el que se analice la práctica de los tribunales ad hoc con el objeto de encontrar las mejoras plausibles en la Corte Penal Internacional.

26 Véase a este respecto NTANDA NSEREKO, DANIEL. *Prosecutorial discretion before national and international tribunals*, Journal of International Criminal Justice, n.º 3. 2005, pp. 124-144, quien afirma que la independencia del Fiscal en el contexto internacional es restringida y tiene como objeto la protección de la persecución penal de injerencias indebidas de gobernantes o incluso de miembros de organizaciones internacionales.

27 Sobre el punto de la mixtura de sistemas con referencia a la complementariedad y la actuación de la Fiscalía de la CPI, véase DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of trial at the ICC*, Journal of International Criminal Justice, n.º 3, .2005, pp. 1-10.

4. LA DIFICULTAD DE CONFORMACIÓN DE UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL²⁸

¿Cuál es la extensión verdadera de los derechos del acusado?

La jurisprudencia de los tribunales ad hoc ha marcado algunos puntos críticos frente a la interpretación de los artículos 20 y 21 del Estatuto y sus correspondientes desarrollos en las RPP. Uno de los problemas observados es la extensión del derecho a la igualdad de armas como fundamento de un proceso penal con todas las garantías, pues en varias decisiones el TPIY ha proyectado una visión restrictiva de los derechos del acusado que desdice de la verdadera extensión de la igualdad.

En el caso *BLAŠKI*²⁹ la sala de primera instancia que adelantaba el juicio interpretó el derecho de contrainterrogar los testigos de cargo únicamente con referencia a los testigos presentes en el juicio, y rechazó la posibilidad de que la defensa planteara cuestionamientos a las afirmaciones de los testigos que habían depuesto fuera de la sede del Tribunal, pero que constaban en el proceso.

En el caso *TADI* la defensa argumentó violación del principio de igualdad de armas en virtud de que no fue posible para el Tribunal traer a declarar a los testigos de descargo al lugar de realización del juicio, pese a todos los esfuerzos de cooperación. El Tribunal, en respuesta a una apelación, consideró que no existía la violación del principio de igualdad de armas en caso de que un testigo de descargo no apareciera ante el Tribunal debido a la carencia de cooperación de un Estado. Aún más, una lectura entre líneas permite concluir que el Tribunal carga a la defensa con la tarea de advertir esta situación a la sala de primera instancia, y da a entender que si la defensa permanece en silencio con respecto a este problema ello se puede asumir como una estrategia de dilación.

En el caso *DELALI et al.* uno de los acusados (MUCI S) solicitó la traducción del juicio en idioma croata. La sala de primera instancia, ante la negativa, encuentra que el derecho del acusado a la asistencia de un intérprete si no entiende o habla el lenguaje usado por el tribunal internacional no se ha violado, pues la unidad de servicios del Tribunal dispuso la traducción simultánea en idioma serbo-croata para el beneficio del acusado y de todos los participantes del juicio. El argumento del Tribunal se fundamenta en el hecho de que dos informes de expertos en lingüística encontraron que las variantes del idioma serbo-croata eran inteligibles por todos los ciudadanos de la antigua Yugoslavia y que el acusado realizó la solicitud tres meses después de iniciado el juicio y un año

28 Entre los primeros análisis se destaca CRETA, VINCENT. *The search for justice in the Former Yugoslavia and beyond: analyzing the rights of the accused under the statute and the rules of procedure and evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Journal of International Law, n.º 20. 1998, pp. 381-418.

29 PROSECUTOR v. BLASKI . Case IT-95-14-T. *Decision of Trial Chamber I on the Prosecutors Motion for Video Deposition and Protective Measures*, 13 November 1997.

después de su primera comparecencia. Otras decisiones contienen a este respecto un análisis sobre la posición del intérprete³⁰.

En el marco de las garantías, para el acusado ha sido frecuente, en el contexto del Derecho penal internacional, la discusión relacionada con la extensión del derecho del acusado a ser informado de los cargos planteados contra él. La crítica se ha planteado que debido a la naturaleza de los crímenes, las acusaciones generalmente no tienen la precisión exigida para ejercer un buen derecho de defensa. En este campo se pueden observar dos problemas fundamentales. En primer lugar, están los institutos que poseen una especialidad en el contexto del Derecho penal sustantivo internacional, como por ejemplo las formas de participación (joint criminal enterprise) o la responsabilidad de los superiores militares. En efecto, si nos atenemos a las exigencias de lo que debe contener una imputación penal es obvio que la defensa requiera que los cargos sean detallados en cuanto al tiempo, modo y circunstancias en que los acusados cometieron u omitieron los actos que se les endilgan. Pero cuando se trata de estas categorías no se alcanza a especificar en detalle lo que corresponde a la participación en un delito colectivo en donde no existía una concertación previa o a las actuaciones omitidas por un superior que dan por resultado la comisión a gran escala de crímenes cometidos por los subordinados.

En el caso *BLAŠKI*³¹ la sala rechazó una moción de la defensa para que se corrigiera la acusación debido a que según opinión de esta última violaba el derecho del acusado a ser informado en detalle de la naturaleza y los cargos que se le imputaban. En este caso la Fiscalía realizó referencias vagas a la naturaleza del conflicto armado afirmando en todo momento que se trataba de un conflicto internacional, lo que en realidad significa que para la materialidad de las imputaciones (violaciones al Derecho internacional humanitario) este aspecto resultaba relevante, y así lo entendió la defensa, razón por la cual alegó que los cargos no estaban debidamente soportados. La sala de instancia sostuvo que el sustento de la acusación era suficiente. La existencia de un conflicto armado, según la opinión de la Sala, es algo que debe surgir de la conclusión del juicio y por lo tanto no incumbe probar en su acusación la existencia y la naturaleza de un conflicto armado.

Con posterioridad, el TPIY reconoció que una cosa es informar al acusado sobre los cargos y que otro objetivo de la comunicación de la acusación es permitirle preparar adecuadamente su defensa; si bien no ha de estar completamente acabada la formulación que sustenta el cargo, el acusado debe tener una información completa para

30 PROSECUTOR v. DELALIC, et al. *Decision on the Motion Ex Parte by the Defence of Zdravko Mucic Concerning the Issue of a Subpoena to an Interpreter*, 8 July 1997.

31 PROSECUTOR v. BLASKI. Case IT-95-14. *Decision on the defence Motion to dismiss the Indictment based upon Defects in the Form thereof (Vagueness/Lack of Adequate Notice of Charges)*, 4 de abril 1997.

definir sus estrategias³². Aún más, la jurisprudencia ha avanzado en varios sentidos: primero, es necesario que se especifiquen los cargos de tal manera que se cumpla con la exigencia de que los tribunales ad Hoc tienen el objetivo básico de definir la responsabilidad individual. Por tal razón se impone una exigencia mayor para la acusación de algunos delitos que tienen comportamientos alternativos, esto es, determinar si el acusado “planeó, instigó, cometió u ordenó”³³; segundo, los hechos alegados como cargos por cuenta de la Fiscalía deben integrar una conducta que corresponda a la competencia material del Tribunal³⁴; tercero, la carencia de claridad y la vaguedad en la redacción de los cargos son incompatibles con la necesidad de asegurar la igualdad de armas, pues se trata de que el acusado conozca los cargos existentes contra él, y en consecuencia de que la Fiscalía entienda que la acusación no es un trámite o una mera comunicación³⁵.

Así mismo, si asumimos la discusión sobre el equilibrio entre la acusación y la defensa, es inevitable hablar del instituto procesal del descubrimiento de evidencia, como uno de los aspectos más complejos del proceso penal internacional. Aunque esta situación no debe extrañar si se tiene en cuenta la dificultad a la que se ha enfrentado este mismo instituto en los procedimientos de orden anglosajón, y particularmente en los Estados Unidos³⁶. Los problemas radican en puntos que resultan especialmente complejos para que la defensa pueda armar sus correspondientes estrategias en juicio oral, lo que comporta problemas cuantitativos y cualitativos. El primero se ha de entender en el contexto de la cantidad de evidencia que debe mostrar la Fiscalía y que soportará la acusación en juicio. Así, por ejemplo, en las discusiones del Derecho doméstico es recurrente el tema de si la lista de los testigos de cargo es suficiente para que la defensa conozca qué pretende la Fiscalía en el juicio oral o si, por el contrario, hace falta que el abogado defensor conozca las declaraciones de esos testigos en orden a plantear un interrogatorio acertado. En el plano cualitativo, las discusiones son más álgidas y en muchos eventos están relacionadas con la conducta leal que debe asumir la Fiscalía

32 Para el caso yugoslavo, PROSECUTOR v. DJORJE DJUKIC. Case IT-96-20. 26 de abril 1996. TPIR Case PROSECUTOR VS NYIRAMASHUKO & NTAHOBALI: *Decision on Nyiramashukos preliminary motion based on defects in the form and the substance of the indictment*, Case ICTR-96-10. 1 de noviembre 2000. Véase también, sobre las modificaciones de la acusación en otros casos, TORRES PÉREZ, M. y BOU FRANCH, M. *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*. Tirant o Blanch. Valencia.2004, pp. 89-95.

33 PROSECUTOR v. R BRDANIN & MOMIR TALIC. Case IT-97-25. *Decision on Motions by M. Talic for a Separate Trial and for Leave to file a Reply*. 9 de marzo 2000.

34 PROSECUTOR v. ANATOLE NSENGIYUMVA, Case ICTR 96-12-1. *Decision on the defence motion raising objections on defects in the form of the indictment and to personal jurisdiction on the amended indictment* 12 de mayo de 2000. Comentarios en TORRES PÉREZ y BOU FRANCH, *supra* nota 32.

35 Para un análisis de toda la jurisprudencia en el caso de la acusación y sus enmiendas véase NEGRI, STEFANIA. “*The Principle of ‘Equality of Arms’ and the Evolving Law of International Criminal Procedure*”, *International Criminal Law*, vol 5, n.º 4, pp. 513-571.

36 Véase a este respecto MAY, R y WIERDA M. *International Criminal Evidence*. Transnational Publishers. New York. 2002, pp. 73-84.

frente a informaciones eventualmente exculpatorias que se encuentran en su poder y que no son conocidas para la defensa. A estos efectos la jurisprudencia norteamericana ha acuñado doctrinalmente una serie de principios que regulan la lealtad en el trabajo preparatorio de las partes antes del juicio oral.

Pues bien, el problema no ha sido menor en el desarrollo del trabajo judicial de los tribunales internacionales ad hoc. En este contexto se pueden identificar problemas como el del descubrimiento las afirmaciones realizadas por el acusado con anterioridad al juicio oral que han sido recolectadas por la Fiscalía. En este sentido se pregunta hasta dónde llega la obligación del Fiscal de mostrar lo que eventualmente puede ser utilizado en juicio en contra del acusado respetando el principio *nemo tenetur* que la defensa debe hacer valer en el contexto de la exclusión probatoria. En efecto, se trata de adelantar un juicio oral sin sorpresas para la defensa, de tal manera que el TPIY interpretó la regla 66 (a) (i) en el sentido de obligar a la Fiscalía a descubrir en cualquier tiempo todas las afirmaciones del acusado que estén en su posesión. Además, la información que reposa en manos del Fiscal puede provenir de una prueba practicada por él o de otra fuente que igualmente conste en los archivos de la investigación y de la cual tenga noticia la instrucción penal. Estas decisiones se han suscitado a propósito de dos casos en los cuales se observó una interpretación restrictiva frente a los derechos del acusado por cuenta de la Fiscalía que pretendía reservar determinado material probatorio sin conocimiento para la defensa.

El punto anterior necesariamente se ubica en la relación entre la posibilidad de exclusión de afirmaciones del acusado sin la debida advertencia y la utilización de dicha información por cuenta de la Fiscalía, lo que ha generado no pocos debates en el Derecho norteamericano³⁷. Pero también existe en este mismo contexto el problema del descubrimiento de evidencia exculpatoria en manos del Fiscal. Si bien en el primer caso se presenta un problema de utilización de la prueba recolectada con violación del debido proceso, en el caso de la evidencia exculpatoria la situación es diferente, pues aquí la discusión es qué se considera evidencia exculpatoria para el acusado y cómo se hace compatible este derecho del acusado con la discrecionalidad del Fiscal en el planteamiento de la acusación. En efecto, una de las decisiones más importantes del TPIY a este respecto establece que la carga del conocimiento sobre lo exculpatorio corresponde a la defensa. En *BLASKI*³⁸ la sala de apelaciones consideró que la prueba del hecho relativa a la posesión de material exculpatorio en manos de la Fiscalía corresponde a la defensa, y también la prueba de que en efecto se trata de evidencia que favorece al acusado.

37 Véase CAMISAR/LA FAVE/ISRAEL/KING. *Modern Criminal Procedure*. American Casebook Series. West Group. 2003, pp. 1177-1221.

38 PROSECUTOR V. BLASKI . Appeals Chamber. *Decision on tehe appellant's motion for the production of material,suspension or extension of the briefing shedule, and additional filings*. 26 de septiembre de 2000.

Como es obvio, la discusión doctrinal pregunta de qué forma se puede enterar la defensa de la posesión de la información y de la calidad de la información. El TPIY soluciona el problema estableciendo que la defensa puede impetrar una moción de descubrimiento probatorio formulando la naturaleza de la información documental que pretenda descubrir, sin necesidad de especificar de forma precisa el documento que pretende sea descubierto. La sala de apelaciones, por su parte, afirma que sin una prueba del abuso de la Fiscalía relacionada con su negativa a descubrir prueba, la Sala no puede intervenir en el ejercicio discrecional del trabajo de persecución penal.

Pero este punto del descubrimiento se ha convertido particularmente en un factor de discusión constante que incluso ha generado la reforma de las RPP correspondientes³⁹. Las fiscalías de los tribunales ad hoc han incurrido en verdaderas violaciones sancionadas por las salas respectivas en varios casos, dando lugar a manifestaciones no muy convincentes que incluyen balances entre los derechos del acusado y la protección de los testigos. En igual sentido, la jurisprudencia se ha dedicado a aclarar el problema del tiempo en el cual se debe hacer el descubrimiento de la evidencia exculpatoria o lo que debe entenderse por tal. Así por ejemplo, en el caso *KRSTIC* se aclaró por parte del TPIY que la evidencia exculpatoria correspondía a cualquier información que en cualquier sentido permita demostrar la inocencia o mitigar la culpabilidad de un acusado o que pueda afectar la credibilidad de la evidencia por parte de la Fiscalía, así como también cualquier tipo de material que exista y que desconozca el acusado. En este mismo caso la sala de apelaciones establece que no hacer el descubrimiento, fundamentado en la duda de si realmente se está en presencia de información exculpatoria, es atentar contra el *fair trial*⁴⁰.

No sobra anotar que muchas decisiones están imbuidas de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos aplicada al proceso penal que los tribunales ad hoc han reconocido, particularmente el de Estrasburgo. Pero a pesar de invocar estas decisiones, también toman partido por la complejidad del Estatuto y por ende por la especialidad de la materia con la cual operan. Así, por ejemplo, la circunstancia de juzgar crímenes constitutivos de violaciones al Derecho internacional humanitario les permite encontrar ponderaciones entre los derechos del acusado y la protección a víctimas y testigos, pero en el contexto propio de las tareas del Tribunal⁴¹.

En el mismo sentido afirmado anteriormente, los tribunales ad hoc algunas veces han buscado balances complicados entre los derechos del acusado y las tareas de la persecución, pero allí donde se observa que la jurisprudencia internacional ha tomado partido por la parte débil de la contención, es decir, el acusado, los tribunales se apartan

39 Para una comprensión del problema véase Nahamya E & DIARRA. "Disclosure of evidence before the International Criminal Tribunal for Rwanda. Criminal law Forum.13 (2002).PÁGS 339-364.

40 PROSECUTOR VS RADISLAV KRSTIC, Case IT-98-33-A. *Appeal y judgement*. 19 de abril. de 2004.

41 PROSECUTOR VS TADIC. Case n.º IT-94-1. 10 de agosto 1995.

y optan por ponderar el juego de fuerzas del proceso o simplemente por considerar que la estrategia de la defensa se puede llevar a cabo sin problemas a propósito de lo realizado por la Fiscalía⁴².

5. LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

¿Cómo llegan los acusados a la jurisdicción penal internacional?⁴³

En el caso *Dokmanovi*⁴⁴ una de las salas de primera instancia del TPIY reconoció que el detenido había sido engañado para instarlo a introducirse en el territorio controlado por la Administración Transitoria de Naciones Unidas (UNTAES) donde fue definitivamente arrestado. La sala sostuvo que esta detención no era ilegal. Se debatió ampliamente si la detención por fraude constituía una violación del principio de soberanía y del derecho internacional. De conformidad con la decisión, el arresto realizado mediante ardid o engaño no constituye una técnica opuesta al Derecho internacional. A pesar de recalcar que la detención en los estatutos está dispuesta de tal forma que opera a través de los métodos de cooperación internacional, la sala interpreta la normatividad en el sentido de que la cooperación no necesariamente excluye las formas diversas de detención para efectos de lo que pretende el Tribunal, lo que implica que incluso la detención pueda ser ejecutada por entes distintos a los Estados concernidos.

En el caso *TODOROVI*⁴⁵ el TPIY se enfrentó a una decisión parecida a la anterior. En este evento, las fuerzas de estabilización militar (SFOR) bajo el mando de la OTAN aprehendieron a STEVAN TODOROVIĆ en TUZLA, BOSNIA HERZEGOVINA. En principio, el acto fue interpretado como una colaboración eficaz de la fuerza multinacional capaz de reemplazar la poca voluntad de los Estados concernidos para cooperar con el Tribunal. Pero pronto se instauró por parte de la defensa una solicitud de habeas corpus con fundamento en la ilegalidad de la detención. TODOROVIĆ había sido secuestrado por cuatro desconocidos que lo llevaron a al frontera de Bosnia-Herzegovina, quienes

42 PROSECUTOR Vs FURUNDZIJA, Case n.º IT-95-17. *Decision on the Defendant's Emergency Petition of 6 May 1998*, 13 de mayo 1998.

43 Para las primeras apreciaciones véase LAMB, SUSAN. *The effective enforcement of international criminal law with respect to arrest: The practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, en *Cooperazione fra stati e giustizia penale internazionale*, Società italiana di diritto internazionale. vavoli 1999, pp. 133-145.

44 PROSECUTOR Vs. SLAVKO DOKMANOVIC Case n.º IT-95-13a. 22 de octubre de 1997. Para un análisis del caso véase SCHARF, MICHAEL. *The Prosecutor vs. SLAVKO DOKMANOVIC : Irregular Rendition and the ICTY'* (1998) 11 *Leiden Journal of International Law*, n.º 369-382.

45 PROSECUTOR Vs SIMIĆ *et al. Motion for an Order Directing the prosecutor to forthwith return the accused STEVAN TODOROVIĆ to the country of residence*. Case n.º IT-95-9 PT. 20 de octubre de 1999. Para un análisis del caso véase. SLOAN JAMES. *PROSECUTOR v. TODOROVIĆ : Illegal Capture as an Obstacle to the Exercise of International Criminal Jurisdiction*. *Leiden Journal of International law*, 16 2003, pp. 85-113.

se encargaron ilegalmente de colocarlo a disposición de la fuerza multinacional que lo transfirió al TPIY. La sala de instancia rechazó la solicitud de *habeas corpus* por carencia de “fundamento legal y material”, y la sala de apelaciones confirmó la decisión. Obviamente, la discusión posterior iba a girar sobre la problemática probatoria relacionada con el arresto, y a estos efectos el Tribunal se plantea varias discusiones interesantes, entre otras, cómo opera el fenómeno de los arrestos ilegales entre Estados cuando existen tratados internacionales de cooperación judicial que hayan podido ser violados por una de las partes, o la discusión antigua del *male captus bene detentus* tan trajinada en el contexto anglosajón. La conclusión de sus discusiones es sencilla: estas doctrinas operan en el contexto internacional interestatal. Para que se genere algún efecto jurídico sobre la detención ilegal hace falta que la conducta reprochable por la forma de la captura sea imputable a los Estados concernidos o a sus agentes. En consecuencia, ni la oficina del Fiscal ni los agentes del tribunal participaron del arresto ilegal. El acusado culminó su proceso por medio de una alegación de culpabilidad negociada con la Fiscalía. Nos preguntamos si, como sucede en el Derecho norteamericano, hay lugar a convalidar los arrestos ilegales a través de acuerdos para poner fin anticipadamente al proceso penal.

En el caso BARAYAGWIZA⁴⁶ el TPIR, en una decisión de la sala de apelaciones, rechazó el concepto de la sala de primera instancia que se negó a declarar la nulidad de la detención ilegal del imputado de crímenes de genocidio. La Sala encontró que la aprehensión del requerido había estado plagada de irregularidades imputables incluso a la Fiscalía. En este caso el TPIR aplicó la doctrina del “abuso del proceso” y declinó el ejercicio de jurisdicción por parte del Tribunal en virtud de que las graves violaciones a los derechos del detenido de conformidad con la decisión tenían entidad para afectar toda la integridad de todo el proceso. Así afirma el Tribunal:

Es claro que existen áreas traslapadas de responsabilidad entre los tres órganos del Tribunal y por lo tanto es concebible que más de un órgano pueda ser responsable por la violación de los derechos del apelante. No obstante y si aun faltara esta comunicación entre los tres órganos del Tribunal –o como resultado de las actuaciones de un tercero– ello minaría la integridad del procedimiento judicial para avanzar. Además sería injusto para el apelante permanecer en juicio con estos cargos si sus derechos fueron severamente violados. Así, bajo las condiciones de la doctrina del abuso del proceso es irrelevante saber cuál

46 PROSECUTOR VS BARAYAGWIZA. Case ICTR-97-19. *Decision on the extremely urgent motion by the defence for orders to review and/or nullify the arrest and provisional detention of the suspect*. Noviembre de 1999. Para un examen crítico de la discusión interna sobre el papel de las fuerzas de estabilización y las fuerzas militares conjuntas y su relación con los tribunales ad hoc, HENQUET, THOMAS. *Accountability for arrest: The relation between ICTY and NATO's NAC and SFOR*, en *International Criminal Law Developments in Case Law of the ICTY*. BOAS y SHABAS (eds). Martinus Nijhoff, 2003, pp. 113-155.

*entidad o entidades fueron las responsables de las violaciones de los derechos alegadas por el apelante*⁴⁷.

6. LA COMPATIBILIDAD DE LA ALEGACIÓN DE CULPABILIDAD CON LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La forma de adelantar los procesos ha estado presionada en los tribunales ad hoc por la necesidad de justicia rápida y expedita. En un comienzo se preguntaba si era factible que frente a crímenes tan graves se pudiera hacer un acuerdo para la terminación anticipada del proceso en detrimento del legítimo derecho a la verdad de las víctimas, aspecto que de alguna manera ha encontrado respuesta positiva en la práctica de la justicia internacional⁴⁸.

Igualmente la doctrina se ha preguntado si este modelo resulta aceptable en la justicia penal internacional, teniendo en cuenta que el Derecho internacional de los derechos humanos se muestra proclive a un modelo de proceso penal que permita la averiguación de la verdad material y una justicia real efectiva y reparadora a favor de las víctimas. Como es obvio, la diferencia con la alegación de culpabilidad que no posibilita ni una verdad ni una justicia material inclinada a satisfacer las legítimas demandas de la víctima, salta a la vista. No obstante, son las mismas normas de los estatutos penales de los tribunales ad hoc las que contemplan el recurso a la alegación de culpabilidad al darle al acusado la oportunidad para que ponga fin al procedimiento desde la primera comparecencia ante la Sala de primera instancia una vez esté confirmada el acta de acusación.

Pero para aceptar esta modalidad de terminación anticipada se ha pasado por un camino tortuoso que ha implicado modificaciones a las RPP de los estatutos. En un principio resultaba aceptable la declaración de culpabilidad en la apertura de juicio oral, escogiendo entre los extremos de declararse culpable frente a los cargos o no. La amplitud con la cual se elaboraron las RPP permitió la interpretación de una alegación de culpabilidad preacordada con la Fiscalía, de tal manera que en diciembre de 1997 se aprobó una reforma que confería amplias facultades a los jueces para revisar la conformidad de los acusados con las imputaciones. Prácticamente se realizó una regulación, tal como la que existe en la jurisprudencia norteamericana para la admisibilidad del *plea bargaining*⁴⁹. Esta enmienda fue motivada por uno de los casos más citados entre las

47 *Supra* caso nota 46, p. 73.

48 Para una apreciación completa del tema de alegación de culpabilidad en la justicia penal internacional véase HENHAM, R & DRUMBL, M. *Plea bargaining at the international criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, en *Criminal Law Forum* n.º 16. 2005, pp. 49-87.

49 Para una apreciación de la legislación comparada en materia de terminaciones anticipadas es muy recomendable el trabajo de RODRÍGUEZ, NICOLÁS. *La justicia penal negociada*. Universidad de Salamaca, 1997.

decisiones del TPIY, el caso ERDEMOVIĆ⁵⁰. La declaración de ERDEMOVIĆ se asumió por la Sala de primera instancia como una verdadera alegación de culpabilidad, pero la Sala de apelaciones dejó sin efecto esta actuación por considerar que la alegación se había hecho sin conocimiento de causa y remitió el asunto a una nueva Sala de instancia. La reanudación del proceso en octubre de 1997 generó un acuerdo entre el acusado y el Fiscal en el cual la Fiscalía retiró los cargos relacionados por crímenes contra la humanidad y, a cambio, el acusado se declaró culpable por crímenes de guerra. La Sala de instancia aceptó la alegación de culpabilidad, pero la misma experiencia promovió la reforma de las reglas de procedimiento y prueba ante el Tribunal, exigiendo en adelante que la alegación de culpabilidad se cumpliera con cuatro requisitos, esto es, debe ser voluntaria, informada, inequívoca y con fundamento probatorio suficiente respecto a la comisión y la participación del acusado en los hechos inculcados.

En la decisión de la Sala de apelaciones frente al caso ERDEMOVIĆ⁵¹ se generó entre los jueces una discusión significativa, no tanto por la aceptación de la alegación de culpabilidad, como por las condiciones en las que el acusado la realizaba. Así, la forma en que el acusado se declaró penalmente responsable puede caer entre lo que se denomina “factualmente responsable, pero legalmente inocente”⁵², de tal manera que un sector no mayoritario de la Sala entendió que la alegación no había sido informada, en el sentido de que el acusado debería entender la naturaleza y las consecuencias de su alegación, y además era equívoca por las expresiones que acompañaron el sometimiento.

Poco después del caso ERDEMOVIĆ otro acusado, GORAN JELESIĆ⁵³, realizó una alegación de culpabilidad, la cual fue sometida al criterio de admisibilidad de la reforma de 1997. Pero esta vez la Sala de instancia, a pesar de satisfacer las exigencias ya trazadas, recalca que la alegación de culpabilidad en sí misma no constituye fundamento suficiente de convicción.

Con posterioridad, en el caso DRAGOLJUB KUNARAC⁵⁴ se alegó culpabilidad, pero de nuevo la Sala de instancia reconoció que el acusado no adecuaba realmente su comprensión a los cargos, desde el punto de vista factual y legal, razón por la cual se rehusó a aceptar el sometimiento. Todas estas decisiones fueron el fundamento de la reforma de la regla 62 *bis* de las RPP.

50 PROSECUTOR V. ERDEMOVIĆ Case IT-96-22 T. *Sentencing Judgment*. 29 de noviembre de 1996.

51 PROSECUTOR VS ERDEMOVIĆ Case IT-96-22 A. Appeals Chamber. 10 de octubre de 1997.

52 Se trataba de una alegación en la cual ERDEMOVIĆ se declaró culpable del asesinato de varias personas pero realizado bajo insuperable coacción ajena.

53 PROSECUTOR V. GORAN JELESIĆ Case IT-95-10. *Judgement*. 14 de diciembre de 1999.

54 PROSECUTOR V. DRAGOLJUB KUNARAC. *et al. Decision on Motion for Acquittal*, 3 July 2000. En esta decisión la sala establece los criterios probatorios del Fiscal para presentar la alegación de culpabilidad y de la Sala para decidir, esto es, culpabilidad más allá de la duda razonable.

Tampoco ha sido ajeno a la discusión del Derecho procesal penal internacional el problema relacionado con los fines de la alegación de culpabilidad y la cooperación del acusado. Así, lo que ocurre en el Derecho doméstico cuando se importan figuras de terminación anticipada provenientes del Derecho anglosajón, se ha replicado en los tribunales *ad hoc*. Mientras que en las legislaciones domésticas se asume que en la alegación de culpabilidad existe una contraprestación para la administración de justicia que ahorra tiempo y recursos para llevar adelante un proceso, y por esa razón se otorga una disminución de pena a quien se somete, en la jurisprudencia de los tribunales el asunto no se presenta de manera clara. En efecto, en la decisión KAMBANDA⁵⁵ la Sala de apelaciones del TPIR asumió que a pesar de la existencia de una alegación de culpabilidad avalada por la primera instancia y la cooperación del acusado KAMBANDA, los crímenes eran de tal gravedad que ameritaban la aplicación de la cadena perpetua como una de las facultades discrecionales de la Sala de primera instancia en la imposición de la pena, sin que por ello se hubiese incurrido en un error de Derecho al tasar la sentencia. El apelante fundamentó el recurso argumentando que en el contexto doméstico en el cual opera la alegación de culpabilidad existe la reducción de pena como contraprestación, razón suficiente para considerar que este es un principio general Derecho que debería aplicarse. En cambio, en sentencia del caso TODOROVIC se reconoció, siguiendo el salvamento de voto del juez CASSESE en el caso ERDEMOVIĆ que la alegación de culpabilidad efectivamente puede determinar una reducción de pena considerando las dificultades para adelantar un proceso en la justicia penal internacional. Lógicamente, este salvamento de voto aporta a la discusión el hecho de que al reconocer la alegación de culpabilidad en el plano internacional, los jueces se deben cuidar de un traslado literal de las figuras nacionales al procedimiento penal internacional.

Esta última decisión ha permitido que la discusión académica se alindere en posiciones encontradas sobre la conveniencia de las alegaciones preacordadas en el marco de justicia penal internacional. Por una parte, se encuentran quienes consideran incompatibles las formas de sometimiento con los fines pedagógicos que acompañan el trabajo de los tribunales *ad hoc*. En realidad, más allá de lo que pueda discutirse en la justicia doméstica, lo cierto es que la verdad aparece como un componente fundamental de la justicia internacional que en buena parte se puede ver defraudado por una terminación anticipada. Pero no solamente la verdad, sino también los legítimos derechos de las víctimas ampliamente reconocidos en el plano del Derecho internacional de los derechos humanos pueden sufrir una mengua significativa⁵⁶.

Por otra parte, se encuentran los que observan el problema en las aristas de legitimación de la justicia penal internacional, pues con toda razón la demora en trámite de los procesos también puede ser una pésima señal para los efectos preventivos que se pretenden,

55 PROSECUTOR v. KAMBANDA. Case IT-ICTR-97-23-S *Judgement*. 4 de septiembre de 1998.

56 Así, ZAPPALA, SALVATORE. Ob cit. supra, nota 17, p. 89.

el más importante de ellos la lucha contra la impunidad⁵⁷. Además, no encuentran tan incompatibles los principios fundamentales del proceso y los derechos de las víctimas con la alegación de culpabilidad, pues un buen diseño del sistema de sometimiento permite que el propio autor reconozca su culpabilidad, y confiese lo que tratándose de crímenes graves internacionales satisface tal requerimiento.

Posiblemente tengamos que aceptar las sabias palabras de DAMASKA⁵⁸, esto es, en algunos casos efectivamente se requiere la justicia negociada, en otros evidentemente no y por lo tanto estaremos sujetos a las exigencias provenientes de la práctica.

CONCLUSIÓN

La jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* en materia de extensión de garantías y derechos de los acusados difícilmente puede arrojar un balance satisfactorio en aquello que corresponde a un proceso penal con fundamento democrático. Si bien es cierto que se trata de una justicia especializada, ello no puede excusar una mayor amplitud en el tratamiento de las garantías judiciales, particularmente las relacionadas con el conocimiento de las pruebas de cargo a propósito de la figura del descubrimiento de evidencia y la admisibilidad probatoria. En cualquier caso, este déficit no puede imputarse únicamente a la naturaleza jurídico-cultural del proceso o a la filiación de los jueces respecto de una determinada tradición legal, pues la administración de justicia nacional experimenta situaciones parecidas cuando incorpora institutos procesales difícilmente compatibles con la filosofía de lo acusatorio o lo inquisitivo.

Igualmente, la Corte Penal Internacional, basada en el trabajo de los jueces y en la creación legislativa tendrá que darle solución a problemas complejos como el de la legalidad de los arrestos y la utilización de la alegación de culpabilidad, pues en estos aspectos el balance no es solo insatisfactorio, sino contradictorio. Con todo, se puede reconocer que el esfuerzo realizado por la justicia penal internacional tiene otros puntos interesantes, como el de la doctrina del abuso del proceso para salvaguardar la integridad de los derechos del procesado en este ámbito.

57 En este sentido KAI AMBOS reconoce que la excesiva reglamentación de la alegación de culpabilidad impide un trabajo ágil de los jueces. Ob cit. supra, nota 23, p. 45, versión castellana.

58 DAMAŠKA, MIRJAN. *The Negotiated Justice in International Criminal Courts*, Journal of International Criminal Justice, n.º 2, pp. 1018-1039.

