

¿CÓMO SE REGULA EL DEBIDO PROCESO EN EL ESTATUTO DE ROMA?

Javier DONDÉ MATUTE*

SUMARIO : I. *Introducción*. II. *Papel del EDR en el ámbito internacional*. III. *Marco jurídico básico*. IV. *Disposiciones complementarias*. V. *Presunción de inocencia*. VI. *Non bis in idem*. VII. *Posibilidad de aplicar disposiciones adicionales*. VIII. *Regulación del marco jurídico básico*. IX. *Derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, competente e imparcial*. X. *Derecho a la libertad*. XI. *Derecho a obtener información para la defensa*. XII. *Derecho a un juicio público*. XIII. *Equilibrio de intereses*. XIV. *Víctimas y testigos*. XV. *Protección de la seguridad nacional*. XVI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es hacer una evaluación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante EDR o Estatuto) en relación al debido proceso. Se pretende ubicar a la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) en el nuevo orden global, así como sus contribuciones al debido proceso, como derecho humano.¹ Para aproximarse a estos temas se propone el siguiente desarrollo:

* Doctor en derecho penal internacional y derecho penal comparado por la Universidad de Aberdeen, Escocia; director de investigación del Inacipe.

¹ Véase, Human Rights Committee, *Equality before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law* (artículo 14) CCPR General Comment 13, 21st. Session, 1984 (General Comment), paragraph 1st. "All of the provisions are aimed at ensuring the proper administration of justice, ...". Véase también Saffering, Christoph J. M., *Towards an Internacionatal Criminal Procedure*, Oxford University Press, 2001, p. 3. No es suficiente con señalar un listado de derechos, es necesario contar con un sistema integral de protección.

En primer lugar será importante ubicar al EDR en ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, haciendo énfasis en los aspectos particulares del debido proceso. Es importante mencionar que en este apartado se establecerán las premisas del estudio, se identificará el contenido de los derechos humanos intencionalmente reconocidos (dentro de los que figura el debido proceso) y se establecerán las bases para el estudio del texto del Estatuto.

En segundo lugar, se estudiarán las disposiciones del EDR que establecen los principios del debido proceso, haciendo una comparación con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante *Pacto*).

En tercer lugar, se analizará la posibilidad de incorporar al EDR otras normas jurídicas del debido proceso.

En cuarto lugar se analizarán las disposiciones del EDR que regulan el debido proceso, destacando las limitaciones a los principios que pudiesen surgir, en relación al debido proceso incorporado en el *Pacto*. Cabe destacar que si se mencionan exclusivamente las reducciones, es en razón de que probablemente sean los aspectos que causen mayor controversia.

Finalmente, con estos elementos se podrá analizar el papel que juega el EDR como instrumento regulador y referencial del debido proceso en el ámbito internacional.

II. PAPEL DEL EDR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El EDR no es un mero catálogo de derechos relacionados con el debido proceso, sino que al establecer un procedimiento de investigación, juicio y apelación se está regulando la forma de hacer efectivos esos derechos.² En este sentido es más completo que cualquier tratado en materia de derechos humanos que establecen derechos del acusado, pues en los mismos no se especifica cómo se deben de implementar, lo que ocurre por primera vez en el ámbito internacional con el EDR.

² Behrens, Hans-Jorg, “Investigación, juicio, apelación. El proceso penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (partes V, VI, VIII)”, en Ambos, Kai y Guerrero, Julián (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, 1999. Véase también Tinoco Pastrana, Ángel, “El modelo procesal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Justicia*, núms. 1-2, 2004. Para un desglose básico del procedimiento ante la CPI.

En efecto, el EDR establece el primer proceso penal consensuado y aprobado, cuando menos, por cien Estados.³ Por tanto, su estructura y disposiciones particulares trascienden a las tradiciones jurídicas nacionales del proceso penal para constituir un marco de referencia para el diseño de sistemas jurídico-penales nacionales.⁴ En otras palabras, no se trata solamente de un mecanismo para la persecución de los “crímenes más graves y trascendentes”, sino que es el reflejo de lo que cada uno de los Estados parte espera de un sistema jurídico penal, por lo menos en su expresión más básica, lo cual se identifica con el debido proceso, que no es otra cosa que los requisitos mínimos que debe tener todo proceso penal para que se pueda garantizar un juicio justo (*fair trial*).⁵ En este sentido, el EDR es un instrumento de política criminal legislativa.⁶

Esto nos lleva a la formulación de otra premisa. El EDR, por ser un tratado internacional que, además, cuenta con un alto número de ratificaciones, goza de legitimidad propia, sin la necesidad de que dependa de algún instrumento de derechos humanos o de otra materia para ello.⁷ Por lo tanto, de

³ Véase www.iccnw.org/?mod=romeratification. Se llega a esta conclusión con base en el número de ratificaciones alcanzado.

⁴ Saffering, Christoph J. M., *op. cit.*, nota 1, p. 2. Aunque la base del proceso ante la Corte Penal Internacional está en el sistema anglo-sajón y continental, constituye un sistema internacional autónomo. *Cfr.* Tochilovsky, Vladimir, “Rules of Procedure for the International Criminal Court: Problems to address in Light of the Experience of the *Ad Hoc* Tribunals”, *Netherlands Internaciontal Law Review*, vol. XLVI, núm. 3, 1999.

⁵ Stapleton, Sara, “Ensuring a Fair Trial in the International Criminal Court”, *New York Journal of Interntional Law and Politics*, vol. 31, núms. 2-3, Winter-Spring, 1999, p. 549. Se trata de estándares mínimos. Véase también Saffering, Christoph J. M., *op. cit.*, nota 4, pp. 30. El juicio justo debe entenderse como un concepto complejo que tiene dos niveles de entendimiento. En el primero implica el diseño de instituciones y, en un segundo, implica dotar a los individuos de derechos y garantías para que el juicio sea efectivo.

⁶ Moreno, Moisés, “Política criminal legislativa”, Moreno, Moisés (coord.), *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Escuela Libre de Derecho-Cepolcrim-Inacipe, 2005, p. 156. La política criminal legislativa es la que sienta las bases normativas para la política criminal que debe regir en un determinado lugar. En este sentido el EDR es un instrumento para orientar al legislador nacional.

⁷ EDR, artículo 17. La legitimidad de la CPI es fundamental pues en el procedimiento para determinar la admisibilidad de un caso, de conformidad con el principio de complementariedad, la misma tendrá que hacer un análisis del sistema jurídico-penal del Estado que normalmente tendría jurisdicción. Véase también Saffering, Christoph J. M., *op. cit.*, nota 4, pp. 20 y ss.; *cfr.* *Prosecutor v Lubanga*, ICC-01/04-01/06, pre-trial chamber I, 24 de febrero de 2006. En el primer caso ante la CPI el estudio de admisibilidad no razonó profundamente los temas de capacidad y voluntad del Estado para procesar.

detectarse una variación entre el debido proceso establecido en el EDR y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, no podemos señalar que hay una violación a los derechos humanos, en concreto al debido proceso, sino una reformulación de los mismos.⁸

Sin embargo, es necesario hacer una aclaración. A pesar de que el artículo 21 del EDR establece que la CPI podrá aplicar otras normas jurídicas además del propio texto del Estatuto, el estudio de las mismas escapa de los alcances de este trabajo, pues dichas normas jurídicas no forman parte del consenso señalado en líneas anteriores. No forman parte de la política criminal del EDR. Consecuentemente, es importante limitarse al estudio del mismo para no distorsionar la idea político-criminal del EDR, que se busca identificar.

En otras palabras, se busca responder a la pregunta: ¿cómo se regula el debido proceso en el EDR?; y no: ¿cuáles son las reglas del debido proceso aplicables por la CPI fuera del EDR?⁹

Hasta este momento hemos mencionado que el debido proceso forma parte de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, pero para hacer la comparación que se pretende es necesario contar con un marco referencial. En efecto, existe una gran diversidad de tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y, en particular, sobre el debido proceso. Por un lado, se encuentran los instrumentos regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos tratados destacan por contar con mecanismos de vigilancia como lo son las respectivas Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A pesar de lo avanzado de estos sistemas, su aplicación es meramente regional y no representa, en principio, lo que constituye el debido proceso internacionalmente reconocido; y en todo caso, solamente el reflejo del consenso de cada una de estas regiones. Esta situación se hace evidente si tomamos en cuenta que no hay una correspondencia exacta entre los derechos contemplados en cada uno de estos tratados.

⁸ Stapleton, Sara, *op. cit.*, nota 5, pp. 546 y 567. Uno de los fundamentos ideológicos de la CPI consiste en preservar el estado de derecho al proporcionar una visión amplia de los derechos humanos que sirva de ejemplo a los países del orbe. Véase también Safering, Christoph J. M., *op. cit.*, nota 4. A pesar de las diferencias ideológicas que existen en las tradiciones jurídicas del *Common Law* y del derecho continental, ambas tienen como finalidad el respeto a los derechos humanos dentro del contexto de un juicio justo.

⁹ Consecuentemente, esta es la primera parte de un estudio más complejo. En la segunda parte se tendrán que determinar que normas internacionales del debido proceso, tomando en cuenta todas las fuentes de derecho aplicables.

Tampoco existe una correlación exacta entre estos tratados regionales y el único tratado internacional en la materia: el *Pacto*. A pesar de ello, el *Pacto* es el único tratado con alcance universal, su aceptación es más amplia que las de los instrumentos regionales.¹⁰ Inclusive, dado el alto número de ratificaciones podría argumentarse que sus disposiciones han alcanzado el carácter de costumbre internacional.¹¹ Es posible que el *Pacto* no contemple la protección más amplia para el individuo, pero esto no debe ser obstáculo para afirmar que representan el consenso más amplio de la comunidad internacional. Dicho de otra manera, si un instrumento regional contempla una protección más amplia, podría afirmarse que en ese contexto, ese es el estándar mínimo, pero el mismo no tiene aceptación universal.¹² Por tanto, el *Pacto* constituye el marco de referencia del debido proceso internacionalmente reconocido.

III. MARCO JURÍDICO BÁSICO

En este apartado se estudiarán las discrepancias entre el EDR y el *Pacto*. En función de las premisas expuestas, las diferencias que se destaquen no deben de interpretarse como ajustes a lo que se ha venido entendiendo como parte del debido proceso, indistintamente de que haya una mejor o menor protección al individuo.

En la parte VI del EDR, relativa al juicio, se encuentran diversas disposiciones que regulan el debido proceso. Basta una revisión superficial de los artículos 55 y 67 para determinar que hay cierta compatibilidad entre la regulación del debido proceso en el EDR y en el *Pacto*. Sin embargo, como no hay una correspondencia exacta, es necesario determinar cuál de los dos tratados internacionales ofrece una mayor protección.

¹⁰ *Barayagwiza vs. Prosecutor*, ICTR 97-19, Appeals Chamber, 3 de noviembre de 1999, para 40. El Tribunal Penal para Ruanda ha determinado que el *Pacto* forma parte del derecho internacional general. Por su parte, los tratados regionales solamente pueden tener valor subsidiario y pueden ser un indicio de la existencia de una norma de derecho consuetudinario internacional.

¹¹ <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/index.htm>. Es un tratado que actualmente cuenta con 155 Estados Parte y 67 signatarios. Véase también Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, Heliasta, 1990, p. 142.

¹² Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8o. En este tratado hay dos derechos no contemplados en el *Pacto*: el ser juzgado por un tribunal previamente establecido y el derecho a contar con un abogado, sin que esto dependa del “interés de la justicia” como se señala en el EDR y en el *Pacto*.

Para efectos de este estudio, se analizará primero el artículo 55, relativo a los derechos del individuo durante la investigación; pasando luego al 67, relativo a los derechos del acusado durante el proceso y, por último, el resto de las disposiciones complementarias.

1. *Artículo 55*

En lo que a los derechos de las personas durante la investigación se refiere, se debe aclarar de inicio que el *Pacto* no prevé un régimen especial de protección, tal y como el EDR lo hace. Esto se debe a que el artículo 14 del *Pacto*, donde se regula con amplitud el debido proceso, solamente opera para el proceso; y no para la fase de investigación.¹³ Consecuentemente, debemos recurrir al artículo 9o. de este tratado internacional, en el cual se regula el “derecho a la libertad y a la seguridad personales” para encontrar disposiciones compatibles con el artículo 55.

Como resultado de lo anterior, no debe de sorprendernos que el catálogo de derechos esté mejor regulado en el EDR que en el *Pacto*. En realidad, la única coincidencia es la prohibición de arrestos o detenciones arbitrarias sin apego a la ley y al procedimiento establecido.¹⁴

Respecto de la información que se le debe otorgar a la persona hay algunas discrepancias; el artículo 9(2) del *Pacto* señala: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”.

Sin embargo, el artículo 55 prevé lo siguiente:

2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá ade-

¹³ Cfr. *Situation in the Democratic Republic of Congo*, ICC-01/04, Pre-Trial Chamber I, 17 de enero de 2006, paragraphs 32 y ss. En una de sus primeras determinaciones, la CPI determinó que el hecho de que los derechos de las víctimas se manejen en el contexto del juicio, esto no es obstáculo para afirmar que pueden tener participación en la fase de investigación. De conformidad con el principio de equidad procesal y del artículo 21 (3) este razonamiento debería de ser aplicable en favor de las personas bajo investigación, es decir, si es que algún aspecto del debido proceso es aplicable en esta etapa del procedimiento.

¹⁴ EDR, artículo 55 (1) y *Pacto*, artículo 9o. (1)

más los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio:

- a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte;
- b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;
- c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes;
- d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

Los tiempos en ambas instancias varían, pues en el Pacto el derecho opera desde la detención, mientras que en el EDR este derecho surte efectos antes del interrogatorio realizado por el fiscal. Cabe notar que la redacción del precepto sugiere que la información no necesariamente deberá otorgarse al momento de la detención, pues basta que sea antes del interrogatorio, lo cual sugiere que este derecho pudiera no operar con la misma amplitud temporal exigida por el Pacto.

El contenido de la información es casi idéntico, pues mientras que en el PACTO se exige que se le informe a la persona los motivos de su detención y de la acusación formulada, en el EDR se señala que se debe informar que hay motivos para suponer que ha cometido un crimen competencia de la CPI; lo cual es en definitiva el motivo de la detención con fines de entrega.¹⁵

El EDR prevé una diferencia importante ya que desde la investigación hay una prohibición para que la persona declare en su contra, además de los derechos señalados en los incisos *a* a *d* citados líneas arriba.

Aunque en el precepto 55 (1) (b) del EDR hay un derecho a no ser “sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes” que no se encuentra en el numeral 9o. del *Pacto*, en este tratado internacional hay una prohibición general para realizar estas conductas que es lo sufi-

¹⁵ EDR, artículo 60 (1). No se expresa esta obligación en el EDR, pero si se establece que “la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que ha sido informado de los crímenes que le son imputados y de los derechos que le reconoce el presente Estatuto, incluido el de pedir la libertad provisional”, se puede suponer que esta obligación se debió haber cumplido, por lo menos, ante el juez de entrega.

cientemente similar como para establecer la compatibilidad de prohibiciones.¹⁶

Los incisos 3 y 4 del artículo 9o. del *Pacto* señalan lo siguiente:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

Para verificar si estos derechos se encuentran contemplados en el EDR es necesario acudir a otras disposiciones, dado que la naturaleza propia del proceso ante la CPI hace necesario que se regule la detención desde el momento de la entrega. En el EDR no existe una correlación directa con estas disposiciones, pero, como se verá más adelante, esto no se traduce en una violación al debido proceso, pues hay mecanismos que implican una observancia a los postulados básicos del *Pacto*: la persona detenida sea llevada ante un juez sin demora, la prisión preventiva debe ser la excepción y la resolución por la cual se determina la detención podrá ser recurrida ante un tribunal, el cual resolverá a la brevedad. Por tanto, estas disposiciones serán analizadas en su momento.

Por otro lado, el citado artículo 9o. señala que la resolución por la cual se determina la detención podrá ser recurrida ante un tribunal, el cual resolverá a la brevedad.¹⁷ Si bien el requisito de la premura no aparece en el texto del EDR, la posibilidad de recurrir este fallo se encuentra contemplada en los siguientes términos: “Cualquiera de las partes podrá apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de las siguientes decisiones... Una decisión por la que se autorice o deniegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento”.¹⁸

¹⁶ *Pacto*, artículo 7o.

¹⁷ *Ibidem*, artículo 9o. (4).

¹⁸ EDR, artículo 82 (1) (b).

El último aspecto que debe señalarse es lo relativo a la reparación. El artículo 9o. del *Pacto* prevé que haya una reparación cuando una persona es privada de su libertad de forma ilegal.¹⁹ Sin embargo, lo mismo no ocurre en el caso de que haya una violación al debido proceso, pues en el artículo 14 (6) solamente se prevé una reparación:

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada...

En este supuesto no se plantea la posibilidad de una reparación por violación al debido proceso, pues la revocación, el indulto o el error judicial no son supuestos en los que necesariamente hay una violación a los derechos humanos. Por el contrario, ninguna de estas hipótesis normativas sugiere la violación de derechos humanos; aunque la violación fuera más grave, la posibilidad no está regulada. En todo caso, el derecho consiste en recibir la indemnización cuando se actualice alguno de estos supuestos.

Este último caso tiene un corolario normativo en el artículo 85 del EDR, el cual señala: “El que haya sido ilegalmente detenido o recluido tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado”.²⁰ Sin embargo, el EDR va más allá, pues establece:

No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando:

- a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o
- b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.²¹

Así, el grado de correspondencia entre estos dos tratados internacionales es ambiguo, pues mientras que el *Pacto* prevé la reparación por una privación ilegal de la libertad, el EDR no establece una consecuencia jurídica

¹⁹ *Pacto*, artículo 9o. (5).

²⁰ EDR, artículo 85 (1).

²¹ *Ibidem*, artículo 69 (7).

ca.²² Sin embargo, el EDR prevé la posibilidad de desechar una prueba (aunque con condiciones que reducen la aplicabilidad de la sanción) si ésta es obtenida ilegalmente. El problema es que ninguno de los derechos contemplados en el artículo 67 están relacionados con la obtención de pruebas, solamente su ofrecimiento y la forma en la cual deben presentarse, por tanto es una sanción inaplicable al debido proceso, a menos de que se haga una interpretación expansiva que incluya ambos supuestos.²³ Aunque dicha interpretación sería acorde con los derechos del acusado, sería incompatible con el texto del EDR.

2. *Artículo 67*

El artículo 67 del EDR establece los derechos del acusado. Este precepto fue retomado, con ajustes, del artículo 14 del *Pacto*, por lo que siguiendo la misma mecánica será necesario solamente hacer notar las diferencias.²⁴ Existen una serie de hipótesis que amplían claramente lo establecido en el *Pacto*:

- Al prever el derecho a ser informado de los cargos, se agrega que deberá ser “en un idioma que comprenda”.²⁵
- Al prever el derecho a interrogar testigos de cargo y obtener testigos de descargo se añade que “el acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto...”.²⁶
- Al establecer el derecho a permanecer callado se precisa que “sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”.²⁷

²² *Barayagwiza vs. Prosecutor*, ICTR 97-19, Appeals Chamber, 3 de noviembre de 1999. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha sostenido, con base en la doctrina del abuso de proceso (*abuse of process*) que la consecuencia por un acto ilegal de privación de la libertad es la liberación del acusado.

²³ Como se verá más adelante el artículo 21 (3) abre esa posibilidad.

²⁴ Véase Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., “La Corte Penal Internacional”, *Justicia vs. Impunidad*, Ariel Derecho, 2001, pp. 195 y 196. El catálogo de derechos del acusado debió de ser más amplio y no limitarse a una mera transposición de lo dispuesto en el *Pacto*.

²⁵ EDR, artículo 67 (1) (a).

²⁶ *Ibidem*, artículo 67 (1) (e).

²⁷ *Ibidem*, artículo 67 (1) (g).

Sin embargo, hay una falta de correspondencia que implica una reducción de derechos desde el párrafo inicial del artículo 67. Éste prevé que el acusado será “oído públicamente” en “una audiencia justa e imparcial” y en “plena igualdad”. En el *Pacto* se menciona lo siguiente:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella... toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública...

En ambos preceptos se prevé la igualdad y la publicidad de los procesos penales. Sin embargo, en el *Pacto* se menciona que los juicios se llevarán a cabo ante un tribunal competente, independiente e imparcial, mientras que en el EDR se menciona simplemente que la audiencia será justa e imparcial. Consecuentemente, pareciera que se da por hecho que la CPI es un tribunal que cumple de antemano con las características de competencia e independencia.

Sin embargo, se agregan dos derechos no previstos en el *Pacto*: “h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas”. Y en un párrafo aparte:

Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la corte decidirá.²⁸

En estos rubros se puede afirmar que hay una concepción del debido proceso mucho más amplia que la que se prevé en el *Pacto*; sin embargo, hay un rubro en el que parece haber una restricción en el concepto. En lo relativo a los juicios en ausencia, mientras que en el *Pacto* la presencia del acusado está prevista en todo el proceso, en el EDR se señala que si éste

²⁸ *Ibidem*, artículo 67 (2).

perturba el juicio podrá ser expulsado de la audiencia, aunque podrá seguir lo acontecido desde afuera y también podrá mantenerse en contacto con su defensor.²⁹ Esta disposición no parece constituir una ausencia completa del acusado, por lo que pudiera señalarse que la finalidad derivada de este derecho queda intacta.³⁰

IV. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

En el *Pacto* existen dos derechos adicionales que no se encuentran en el marco legal referido en el apartado anterior, pero que por cuestiones de orden se encuentran en otros preceptos del EDR; sin embargo, no por eso dejan de formar parte del marco básico que regula el debido proceso. Se trata de la presunción de inocencia y el principio de *non bis in idem*.

V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el *Pacto* este principio se expresa de la siguiente manera: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.³¹

Por su parte, en el EDR no solamente se establece este mismo principio, sino que se regulan dos consecuencias derivadas de la misma presunción de inocencia:

²⁹ *Ibidem*, artículo 63 (2). “Si el acusado, estando presente en la corte, perturbare continuamente el juicio, la sala de primera instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario”. Cfr. Schabas, William A., *Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2001, p. 121. Debió haberse previsto el caso en el cual el acusado sufre un trastorno mental que le impida estar “presente” durante el juicio.

³⁰ Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *op cit.*, nota 24, p. 192. Esta medida impide que se impugnen los cargos y las pruebas presentadas por el Fiscal, además de que no se podrán presentar pruebas de descargo. Véase también Bovino, Alberto, “La libertad provisional en el Sistema Interamericano”, en Martín, Claudia *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad Iberoamericana-American University-Fontamara, 2004, p. 371. La finalidad de que el acusado y su defensor estén bien informados es lo que hace que el derecho a la defensa sea efectivo.

³¹ *Pacto*, artículo 14 (2).

1. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
2. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.³²

En este sentido, es posible afirmar que el texto del EDR es más completo que lo dispuesto en el *Pacto*, pues establece que no será posible revertir la carga de la prueba e identifica el nivel probatorio que debe alcanzarse para establecer la culpabilidad. Si bien estas consecuencias pudieran desprenderse de una interpretación del principio de presunción de inocencia, lo cierto es que al señalarse en el texto del EDR se evita que la propia CPI, al interpretar el precepto, no derive estas consecuencias.³³

VI. *NON BIS IN IDEM*

En el *Pacto* este principio se encuentra regulado de la siguiente forma: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.³⁴

Por su parte, en el EDR se prevé un pleno reconocimiento de este derecho en función de sentencias emitidas por la CPI, pero no así cuando las mismas son emitidas por tribunales nacionales, pues se prevén las siguientes excepciones:

La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6o., 7o. u 8o. a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.³⁵

³² EDR, artículo 66.

³³ *Cf.*, EDR, artículo 21 (3).

³⁴ *Pacto*, artículo 14 (7).

³⁵ EDR, artículo 20 (3).

Mucho se ha escrito en torno a la necesidad de estas excepciones;³⁶ sin embargo, dentro del contexto del presente estudio estas afirmaciones son irrelevantes, pues como se ha señalado, lo que se busca es establecer hasta donde el EDR es compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Así, mientras el *Pacto* no prevea excepción alguna a este principio y el EDR establezca dos, no es posible afirmar que en este rubro haya una correspondencia entre ambos tratados internacionales y, por ende, los niveles mínimos de respeto al debido proceso se ven mermados en los procesos llevados ante la CPI.³⁷

VII. POSIBILIDAD DE APLICAR DISPOSICIONES ADICIONALES

En los apartados anteriores se ha realizado el análisis del debido proceso en el EDR. Sin embargo, este no es el único cuerpo normativo que puede utilizar la CPI, por lo que es posible encontrar otras disposiciones relacionadas en otros instrumentos jurídicos. Debe considerarse que esta posibilidad forma parte de la política-criminal que rige en este sistema jurídico-penal, pero las normas jurídicas concretas que se pudieran llegar a incorporar no forman parte del consenso de los Estados parte del Estatuto.

En el artículo 21 encontramos el derecho aplicable por la CPI. En este precepto se incluyen las reglas de procedimiento y prueba (RPP), otros tratados internacionales y principios generales de derecho de los principales sistemas jurídicos del mundo, entre otras fuentes de derecho. Además hay una regla de interpretación que es fundamental para este trabajo:

³⁶ Guevara B., José A., “¿La Corte Penal Internacional podría juzgar a una persona que hubiere sido condenada o absuelta por un tribunal nacional de alguno de los Estados Parte del Estatuto?”, en Guevara B., José A., y Valdés Riveroll, Mariana (comps.), *Corte Penal Internacional (Ensayos par la ratificación e implementación de su Estatuto)*, Universidad Iberoamericana-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2002, p. 119; González Cueva, Eduardo, “El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y algunas de sus consecuencias en el ámbito interno”, en Corchera Cabezut, Santiago y Guevara Bermúdez, José Antonio (comps), *Justicia penal internacional*, Universidad Iberoamericana, 2001, p. 179.

³⁷ Cfr. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Serie C., Núm. 117, Sentencia del 22 de noviembre de 2004 y *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia* (García Ramírez). En el sistema interamericano el desarrollo del concepto de “cosa juzgada fraudulenta” tiene como consecuencia que el principio de *non bis in idem* ya no sea un concepto absoluta. Parte del sustento de dicha teoría se basa en la regulación del EDR.

La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3o. del artículo 7o., la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.³⁸

Es importante hacer algunas reflexiones preliminares en torno al derecho aplicable y el debido proceso antes de continuar.

Podría pensarse que en las RPP pudiera haber una ampliación del debido proceso; sin embargo, estas no pueden ir en contra del texto del EDR.³⁹ De tal suerte que para que una ampliación de derechos sea aplicable tendría que argumentarse que se está adoptando la norma jurídica más favorable; sin embargo, el propio EDR limita este canon de interpretación a los tipos criminales,⁴⁰ así que este método de integración normativa contravendría a este tratado internacional, por lo que, sería inaplicable cualquier ampliación del debido proceso.

El caso de los “tratados aplicables” también resulta problemático, pues no hay tratado internacional alguno que pudiera ser aplicable para ampliar el catálogo de principios que constituyen el debido proceso, ya que si el EDR ya los prevé expresamente, no habría motivo para pensar que otra sería aplicable.⁴¹ En otras palabras, debemos suponer que si algún aspecto

38 Véase EDR, artículo 21 (3).

39 *Ibidem*, artículo 51 (4). Véase también Fernández Sánchez, Pablo A., “El derecho aplicable por la Corte Penal Internacional”, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 249. El EDR ha sido sometido a la ratificación por todos los Estados parte, por tanto tiene todos los efectos jurídicos de un tratado, no así las RPP que se pueden calificar como “actos de contenido normativo de organizaciones internacionales”.

40 EDR, artículo 22 (2).

41 *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, IT-94-1, appeals chamber, 2 de octubre de 1995, paragraph 11. “In international law, every tribunal is a self-contained system (otherwise provided). This is incompatible with a narrow concept of jurisdiction, which presupposes a certain division of labour. Of course, the constitutive instrument of an international tribunal can limit some of its jurisdictional powers, but only to the extent to which such limitation does not jeopardize its ‘judicial character ...’”. Véase también *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the prosecutor’s motion requesting protective measures for victims and witness, IT- 94-1, Trial Chamber, 10 de agosto de 1995, paragraph 30. El Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ha adoptado la postura de que los instrumentos internacionales ajenos a su estatuto son

del debido proceso no está contemplado en el EDR se debe a que no hubo la intención de incorporarlo.

En todo caso, un tratado internacional que contemple más principios solamente podría incorporarse como parte de un sistema jurídico nacional, al constituir uno de los principios generales de los sistemas jurídicos del mundo. Esta interpretación parece viable, aunque en la práctica podría crear situaciones incongruentes en las que un acusado tendría más derechos que otro en función de la jurisdicción de los tribunales nacionales.⁴² Pero aun más importante, los obstáculos señalados en relación con las RPP y los tratados internacionales también son válidos en este supuesto.

Estas objeciones no son aplicables al párrafo tercero, pues en ese caso se trata de una interpretación del propio EDR, no de la incorporación de otras normas jurídicas. Según esta regla, las disposiciones del EDR deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo al debido proceso.⁴³ Sin embargo, la “*aplicación e interpretación*” señalada no puede ir más allá de lo establecido en el EDR y se refiere a las disposiciones que estén sujetas a interpretación; es decir, que su texto no sea claro.⁴⁴

inaplicables, incluso en el caso concreto en el cual se tenía que dilucidar el alcance del debido proceso. Véase también Pellet, Alain, “Applicable Law”, en Cassese, Antonio *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, vol. II, p. 1069. Es difícil visualizar un caso en el que la CPI aplique un tratado internacional distinto al EDR. *Cfr.* Salado Osuna, Ana, “El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos”, *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional, cit.*, nota 39, p. 277. Esta cláusula incluye los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

⁴² Schabas, William A., “Principios generales de derecho penal”, en Ambos, Kai y Guerrero, Julián (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 275. Esta fue una de las preocupaciones expresadas en el Informe del Comité Preparatorio de 1996, aunque en el contexto de la responsabilidad penal internacional, no de la aplicación del debido proceso.

⁴³ *Prosecutor vs. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, pre-trial chamber I, 24 de febrero de 2006, paragraph 12. Esta disposición ya fue utilizada a favor del acusado para determinar cuándo es necesario librar una orden de arresto. *Cfr.* Salado Osuna, Ana, “El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos”, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, cit.*, nota 39, p. 275. La CPI está obligada a omitir cualquier norma jurídica contemplada en el artículo 21 (1) si ésta contraviene los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

⁴⁴ Es importante recordar que el EDR es un tratado internacional, por lo que está sujeto a las reglas de interpretación que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, la cual en su artículo 31 (1) señala: “Un tratado deberá interpretarse de

Lo anterior tiene relevancia, no para interpretar los artículos 55 y 67 del EDR, sino para las disposiciones que regulan su aplicación; ya que dichos preceptos constituyen la base de la interpretación de las demás disposiciones del EDR, por lo menos en lo que al debido proceso se refiere. Pero como el párrafo bajo análisis no limita la interpretación a los derechos reconocidos en el EDR, sino que permite que la aplicación e interpretación sea acorde con otros derechos humanos de carácter internacional. De esta forma, el *Pacto* y aquellas fuentes auxiliares que hayan interpretado sus disposiciones, como podría ser la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, adquieren relevancia como una herramienta para la interpretación del EDR, pues es el único referente objetivo de lo que son los derechos humanos internacionalmente reconocidos.⁴⁵

En concreto, el artículo 21 (3) puede utilizarse en los casos en los cuales se establecen excepciones o la necesidad de establecer un equilibrio entre alguno de los principios del debido proceso y algún otro interés, como la protección de víctimas y testigos o la seguridad nacional.

VIII. REGULACIÓN DEL MARCO JURÍDICO BÁSICO

En los apartados anteriores se señalaron las discrepancias que existen entre el *Pacto* y el EDR, en materia de debido proceso. En el presente analizaremos las disposiciones que regulan o hacen que los principios derivados del debido proceso sean operativos. En particular, es importante establecer qué disposiciones del EDR sirven para hacer efectivos estos derechos, pues como se mencionó, al implementar un sistema procesal penal no basta la mera enumeración de derechos, como en los tratados de derechos humanos, sino que se tienen que hacer efectivos a través de otras disposiciones.

Por el contrario, al establecer el mecanismo por el cual se operan algunos de estos derechos, es posible que se establezcan excepciones o limitaciones que reduzcan la efectividad de los derechos. Así, es necesario establecer cuándo el EDR prevé situaciones que limiten o puedan ser un obstáculo potencial al efectivo goce de los derechos establecidos.

buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

⁴⁵ Fernández Sánchez, Pablo A., *op. cit.*, nota 39, p. 261. En realidad es difícil determinar el contenido de la frase “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

IX. DERECHO A SER JUZGADO POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE, COMPETENTE E IMPARCIAL

En el apartado correspondiente se señaló que estos derechos no encuentran un reconocimiento expreso en el EDR. Sin embargo, es importante señalar que hay diversas disposiciones que matizan esta omisión, pues establecen mecanismos para que la CPI opere con estas garantías.

En cuanto al tema de la independencia e imparcialidad, no hay disposición alguna que regule a la CPI, aunque sí se puede señalar diversos preceptos que regulan el comportamiento de los magistrados, en función de estos principios.⁴⁶

En particular, el artículo 40 del EDR indica que los “magistrados serán independientes en el desempeño de sus funciones”.⁴⁷ En consecuencia, los magistrados no podrán tener actividades que sean incompatibles con su función.⁴⁸

Para dar cumplimiento a esta disposición se encuentran dos medidas concretas. En primer término, se establece que a los magistrados se les garantizará que los “sueldos y estipendios no serán reducidos en el curso de su mandato”.⁴⁹ Adicionalmente, cuentan con inmunidad equivalente a la de los representantes diplomáticos, cuando actúen en el desempeño de sus funciones.⁵⁰

Por otro lado, también encontramos diversas disposiciones que se refieren a su imparcialidad. De inicio se establece que los magistrados serán “elegidos entre personas de más alta consideración moral, imparcialidad e integridad ...”.⁵¹ Además, una vez nombrados, deberán rendir una promesa solemne en la que señalarán “que ejercerán sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia”.⁵²

46 General comment 13, *op. cit.*, nota 1, paragraph 3. Para asegurar que la judicatura cumpla con los requisitos señalados es necesario tomar en cuenta, entre otros, la forma en la cual los jueces son nombrados, los requisitos para el nombramiento y la seguridad en el cargo.

47 EDR, artículo 40 (1).

48 *Ibidem*, artículo 40 (2)

49 *Ibidem*, artículo 49.

50 *Ibidem*, artículo 48.

51 *Ibidem*, artículo 36 (3) (a)

52 *Ibidem*, artículo 45.

En función de lo anterior, se prevé un régimen de dispensas y recusaciones que opera cuando “por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad”.⁵³ Los motivos concretos por los que procede la recusación se reducen a dos supuestos: que el magistrado haya conocido del asunto anteriormente o tenga relación con la persona investigada o acusada.⁵⁴ La sanción por conocer de una causa en la que se encuentre impedido es la separación del cargo.⁵⁵

X. DERECHO A LA LIBERTAD

Las particularidades del proceso ante la CPI implican que se regule la libertad del individuo desde la entrega. En esta etapa procesal encontramos que se exige que la persona sea llevada ante el juez del estado sin demora.⁵⁶ Asimismo, a este juez se le podrá solicitar la libertad bajo caución. Sin embargo, la libertad provisional, por lo menos en esta etapa del procedimiento, parece no ser la regla general, pues será necesario que existan “circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte”.⁵⁷

Una vez efectuada la entrega, al realizarse las primeras diligencias ante la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá informar al acusado de que tiene el derecho a solicitar la libertad bajo caución.⁵⁸ Ésta no se otorgará cuando sea necesaria la comparecencia del acusado, cuando la persona

⁵³ *Ibidem*, artículo 41 (2) (a).

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Ibidem*, artículo 46 (1). De conformidad con la regla 24 (2) (a) esta hipótesis constituye un “incumplimiento grave”.

⁵⁶ *Ibidem*, artículo 59 (2); véase también p. 190. Dado que el proceso de detención con fines de entrega puede ser muy largo existe una posible incongruencia con el derecho de libertad.

⁵⁷ *Ibidem*, artículo 59 (4). *Cfr.* EDR, artículo 60 (2). En este precepto se prevé una segunda oportunidad para solicitar la libertad bajo caución ante la Sala de Cuestiones Preliminares; sin embargo, como el Pacto prevé estos derechos para el momento de la detención, resulta irrelevante lo que pueda regularse en un tiempo posterior, por lo menos para determinar la compatibilidad entre ambos tratados internacionales.

⁵⁸ EDR, artículo 60 (1). Véase también Delgado, Lirola *et al.*, *op. cit.*, nota 24, p. 191. La vigilancia que ejerce la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la libertad cautiva es una forma de atenuar cualquier deficiencia con el *Pacto*.

pueda obstruir o poner en peligro la investigación o el proceso o cuando siga cometiendo el crimen o uno conexo.⁵⁹

El *Pacto* establece que la libertad durante el proceso debe ser la regla, no la excepción; sin embargo, las dos últimas condiciones establecidas en el edr pueden considerarse como impedimentos para hacer efectivo este derecho. La primera está sujeta a un alto grado de subjetividad y la segunda parece prejuzgar en cuanto a la comisión de un crimen, lo cual violaría el principio de presunción de inocencia.⁶⁰

En todo caso, se prevé que la detención previa al juicio debe transcurrir sin demora, de lo contrario la persona detenida podrá ser puesta en libertad.⁶¹

XI. DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN PARA LA DEFENSA

Este es un derecho que tiene una regulación bastante compleja en el EDR, ya que la misma dependerá de situaciones como la etapa procedimental en la que se desarrolle y la necesidad de crear un equilibrio con otros intereses como la protección de las víctimas y testigos y la seguridad nacional. Consecuentemente, será importante señalar con precisión la operatividad de cada una de estas variables. Sin embargo, hay que considerar que la norma básica no establece excepciones, por lo menos en la etapa del proceso, no así durante la investigación.

En efecto, en el edr se prevé la confidencialidad de las pruebas durante la etapa de investigación.⁶² Sin embargo, hay una hipótesis normativa que establece la posibilidad de que la confidencialidad tenga efectos más allá de esta etapa procesal. El inciso anterior dispone que el fiscal pueda: “Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter

⁵⁹ Véase EDR, artículo 60 (2).

⁶⁰ Véase General Comment 13, *op. cit.*, nota 1, paragraph 7. Para que un proceso sea compatible con la presunción de inocencia la duda debe favorecer al acusado, lo cual no ocurre en este esquema. *Cfr.* Schabas, William A., *op. cit.*, nota 29, p. 113. En un proceso penal internacional la gravedad de los crímenes justifica que este derecho se matice, pues es más factible que un acusado se dé a la fuga y la libertad puede trivializar el trabajo de la CPI.

⁶¹ *Ibidem*, artículo 60 (4).

⁶² *Ibidem*, artículo 54 (2) (f).

confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información”.⁶³

La redacción es confusa, pues no queda claro si dichos datos constituyen pruebas en sí mismos o son medios para obtener otras pruebas.

En la etapa previa a la confirmación de cargos, la sala de cuestiones preliminares podrá iniciar los procedimientos de cooperación con los Estados parte involucrados en la situación para ayudarle al acusado a preparar su defensa,⁶⁴ sin embargo, para ello deberá tomar en cuenta “la protección y respeto a la intimidad de las víctimas y testigos” y la protección a la seguridad nacional.⁶⁵

En primera instancia encontramos disposiciones que complementan la limitación anterior. Por un lado se señala que la sala deberá proporcionar al acusado, con suficiente antelación al comienzo del juicio, toda la información necesaria para su defensa, con excepción de lo dispuesto en el EDR. Una excepción clara es la disposición comentada.⁶⁶ Así mismo, deberá adoptar medidas para mantener dicha información como confidencial.⁶⁷

Por otro lado, en la etapa de confirmación de cargos existe la obligación de otorgar otro tipo de información al acusado. Se establece que dentro de un plazo razonable se le proporcionará copia del documento por el que el fiscal presenta cargos y las pruebas que aportará.⁶⁸ Sin embargo, el fiscal puede modificar los cargos antes de iniciada la audiencia, en cuyo caso deberá otorgársele tiempo adicional al acusado para preparar su defensa.⁶⁹ La posibilidad de modificar los cargos puede presentarse hasta antes de iniciado el juicio, en cuyo caso deberá celebrarse una nueva audiencia de confirmación.⁷⁰

En este supuesto se aprecia que se regula la parte del derecho de defensa en la cual se establece la materia del juicio. Cada vez que el fiscal pretenda modificar los cargos, el acusado debe tener el tiempo suficiente para prepararse o de plano debe llevarse a cabo una nueva audiencia en la cual deberá cumplirse nuevamente con la exigencia de otorgar un plazo razonable. No

63 *Ibidem*, artículo 54 (2) (e).

64 *Ibidem*, artículo 57 (3) (b).

65 *Ibidem*, artículo 57 (3) (c).

66 *Ibidem*, artículo 64 (3) (c) y (6) (b).

67 *Ibidem*, artículo 64 (6) (c).

68 *Ibidem*, artículo 61 (3).

69 *Ibidem*, artículo 61 (4).

70 *Ibidem*, artículo 61 (9).

se percibe que haya una violación a este derecho, por el contrario, las referencias al tiempo son una forma de regular el debido cumplimiento al derecho a obtener información para la defensa, pues son una forma de garantizar que la defensa esté en condiciones de replicar los cargos.

Sin embargo, se prevé la posibilidad de que se celebre una audiencia en ausencia del acusado cuando haya “huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos”.⁷¹

Esta disposición constituye una verdadera disminución en este aspecto del debido proceso, pues aunque se prevea la posibilidad de que un abogado defensor esté presente, el acusado no ha tenido oportunidad de seleccionar a quien lo representará. Además, esta posibilidad de contar con un abogado defensor está sujeta a la discrecionalidad de la sala de cuestiones preliminares, la cual permitirá esta situación solamente si “redunda en interés de la justicia”.⁷²

En tales condiciones, es posible que la confirmación de cargos se realice sin la presencia del acusado o de un defensor que lo represente. De actualizarse este supuesto, se estaría violando el derecho a la defensa, pues no habrá oportunidad de refutar la acusación, ni de enterarse de la litis que conformará su juicio. Ante tal falta de información, el acusado se encuentra en una clara desventaja.⁷³

XII. DERECHO A UN JUICIO PÚBLICO

Este derecho, que también se encuentra en el marco jurídico básico, también está sujeto a excepciones.

⁷¹ *Ibidem*, artículo 61 (2) (b).

⁷² *Ibidem*, artículo 61 (2) último párrafo; *cf.* Behrens, Hans-Jorg, *op. cit.*, p. 332. Debemos recordar que el juicio en sí, no puede realizarse en ausencia, esta disposición es solamente aplicable a la audiencia de confirmación de cargos. Véase también Schabas, William A., *op. cit.*, nota 29, p. 123. Este derecho nunca ha sido reconocido como absoluto en el Derecho internacional de los derechos humanos. *Cfr.* Salado Osuna, Ana, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos”, *La Criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, *cit.*, nota 39, p. 292. En derecho a estar presente durante el proceso no es un derecho absoluto.

⁷³ General Comment 13, *op. cit.*, nota 1, paragraph 9.

En un primer supuesto, se prevé que las audiencias sean a puerta cerrada para proteger a las víctimas o testigos, sobre todo cuando se trata de víctimas de violencia sexual o menores de edad.⁷⁴ Sin embargo, en la redacción del precepto se establece que el derecho a un juicio público debe servir de contrapeso a estas disposiciones, de tal suerte que la CPI deberá establecer un equilibrio entre ambos intereses. En todo caso, la posibilidad de que la audiencia no sea pública pero que se usen “medios electrónicos u otros medios especiales” permite concluir que la secrecía no es completa. Así, en los supuestos señalados, la CPI debiera optar por este tipo de alternativas para no menoscabar los derechos del acusado.

Lo mismo acontece con la información de carácter confidencial o restringida. Aunque el precepto que señala cómo debe protegerse la información relativa a la seguridad nacional, limita el derecho de defensa de forma directa, la Sala de Primera Instancia está autorizada para llevar a cabo ciertas diligencias a puerta cerrada para proteger dicha información. En todo caso, en el mismo precepto, se inicia recordando que los juicios serán públicos, por lo que existe la posibilidad de que la Sala haga una valoración de los intereses en juego y que determine, en un caso dado, que la publicidad debe prevalecer.⁷⁵

En conclusión, en estos casos existe la posibilidad de que la CPI haga una interpretación de las disposiciones referidas que favorezca al acusado. En realidad, en función del artículo 21 (3), ésta es la única forma de entender estos preceptos.

XIII. EQUILIBRIO DE INTERESES

En algunas partes del EDR existen mecanismos en los cuales se equilibran los derechos del acusado con algún otro interés. Los rubros que exigen esta posible restricción son la participación y protección de las víctimas y testigos y la protección de la seguridad nacional.⁷⁶ En este apartado se analizará el alcance de estos aspectos y su repercusión en el efectivo ejercicio del derecho de defensa.⁷⁷

⁷⁴ EDR, artículo 68 (2).

⁷⁵ *Ibidem*, artículo 64 (7).

⁷⁶ *Ibidem*, artículo 57 (3) (c).

⁷⁷ Véase Stapleton, Sara, *op. cit.*, nota 5, p. 545. No es que se pretenda sugerir que los otros actores del proceso penal no tienen derechos, sino que hay ciertos requisitos mí-

XIV. VÍCTIMAS Y TESTIGOS

La regla general contemplada para la intervención de las víctimas y testigos es la del “respeto a los derechos del acusado”, aunque se debe tomar “en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos”.⁷⁸ Las medidas adoptadas para la protección de las víctimas no pueden ser tan gravosas como para impedir que el acusado sea juzgado de forma justa e imparcial, como consecuencia de una reducción en sus derechos.⁷⁹

El artículo 68 del EDR prevé la intervención de las víctimas y testigos en el proceso. En lo que corresponde al derecho de defensa, resulta relevante que las víctimas podrán emitir sus opiniones en las etapas que lo permita la CPI y cuando se hayan visto afectados sus intereses personales.⁸⁰ En este precepto, se agrega que esto solamente será posible cuando “no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con ellos”.⁸¹

De manera adicional, se prevé que el fiscal, de forma discrecional, puede presentar un resumen de las pruebas recabadas durante la fase de investigación cuando su divulgación pueda entrañar “un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia”.⁸² Sin embargo, esta disposición se encuentra condicionada a que no se afecten los derechos del acusado o a que se realice un juicio justo e imparcial, en los mismos términos del precepto anterior.⁸³

Estas disposiciones contraponen los derechos del acusado al debido proceso y la participación de la víctima o de los testigos. Esta participación estará en función de los derechos del acusado, de tal forma que la misma no podrá realizarse si pone en peligro la aplicación del debido proceso. No es un caso en el cual se pongan en la balanza estos intereses, sino que los de-

nimos que no pueden soslayarse sin que se tenga que afirmar que la CPI no cumple con los requisitos mínimos de un juicio justo.

⁷⁸ Véase, EDR, artículo 64 (2).

⁷⁹ *Ibidem*, artículo 68 (1).

⁸⁰ *Situation in the Democratic Republic of Congo*, ICC-01/04, Pre-Trial Chamber I, 17 de enero de 2006, para 72. Es posible que la intervención se autorice desde la investigación, toda vez que las víctimas ya tienen la expectativa de recibir una reparación.

⁸¹ EDR, artículo 68 (3).

⁸² *Ibidem* (5).

⁸³ *Cfr.* Schabas, William A., *op. cit.*, nota 29, p. 117. Este autor sostiene que hay una obligación de la defensa de otorgar información al fiscal.

rechos del acusado constituyen un límite a la participación de la víctima y de los testigos. Estas disposiciones deben interpretarse de tal forma que si el debido proceso se ve menoscabado, aunque sea de forma mínima, no podrán realizarse estas medidas.⁸⁴

En consecuencia, las opiniones de las víctimas deberán ponerse a disposición del acusado y su defensor con suficiente tiempo para que contesten los argumentos esgrimidos. En cuanto a la posibilidad de resumir las pruebas, la CPI deberá negar esta medida, si esto impide que la defensa pueda refutarlas e, incluso, cuestionar su origen y la forma en la cual fueron recabadas y admitidas.⁸⁵

Esta manera de entender y aplicar este artículo del EDR, es la única forma de que el debido proceso prevalezca, en caso de hacerse una interpretación y aplicación contraria, se estaría en presencia de una incompatibilidad con los requisitos mínimos reconocidos internacionalmente del debido proceso, de conformidad con el artículo 21 (3) ya estudiado.

XV. PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL

El otro tema que pudiera plantear una limitante al derecho de defensa es lo relativo a la seguridad nacional. La negativa de otorgar información que afecte la seguridad nacional tiene un régimen más estricto que el de las víctimas y testigos. En el *Pacto*, se permite que de un juicio se excluya al público, limitando así el derecho a un juicio público, entre otras razones, por motivos de seguridad nacional.⁸⁶ Sin embargo, en el EDR la seguridad nacional no se vincula como un límite a la publicidad, sino que afecta otros aspectos del debido proceso.

⁸⁴ Stapleton, Sara, *op. cit.*, nota 5, p. 572. Es esencial para llegar a esta conclusión recordar que la víctima o el testigo pueden no participar del proceso penal, pero el acusado no tiene esa alternativa. *Cfr. Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the prosecutor's motion requesting protective measures for victims and witness, IT-94-1, trial chamber, 10 de agosto de 1995, para 30. El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha preferido emplear una metodología basada en el equilibrio.

⁸⁵ *Cfr. Prosecutor vs. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, pre-trial chamber I, 24 de febrero de 2006. La CPI ha establecido que, por lo menos para llevar a cabo la audiencia de confirmación de cargos basta con que el acusado tenga una versión legible de la orden de arresto. Además en este documento deberían omitirse la identidad de los testigos y su ubicación.

⁸⁶ *Pacto*, artículo 14 (1).

En primer lugar, el Estado que se sienta afectado por la divulgación de la información podrá solicitar que se modifique la solicitud de colaboración, que la CPI se pronuncie sobre la pertinencia de la información o pruebas pedidas o de la posibilidad de obtenerlas por otros medios, o la forma en la cual se entregue la información.⁸⁷

Si bien se prevé que la defensa participe en la negociación, el estado todavía tiene la posibilidad de negarse a cooperar con la cpi, si las medidas propuestas no lo satisfacen, explicando de forma concreta las razones de su negativa.⁸⁸

Como última opción, si la CPI “decide que la prueba es pertinente y necesaria para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado”, ésta “podrá extraer las inferencias respecto de la existencia o inexistencia de un hecho que sean apropiadas en razón de las circunstancias”.⁸⁹

Esta disposición tiene repercusiones importantes para las relaciones entre los estados parte y la CPI, pues facilita los canales de cooperación. Sin embargo, las repercusiones con relación al derecho a la defensa son contra-productivas.

A diferencia del régimen normativo relacionado con las víctimas y testigos, no se establece un contrapeso claro en el que se tengan que considerar las repercusiones con relación al derecho de defensa o a la realización de un juicio justo e imparcial. Por el contrario, queda a la plena discrecionalidad de la cpi determinar si la prueba es necesaria, por lo que, inclusive si fuera exculpatoria, puede no insistírsele al estado para que la presente.

Aunado a lo anterior, la situación se complica con las inferencias que pueden tomarse, pues es posible que se dé por probado un hecho en pruebas que no han sido presentadas⁹⁰ y que por lo mismo no podrán ser rebatidas.⁹¹

Resulta difícil proponer una interpretación de estos preceptos que sea acorde con el derecho de defensa, pues esto implicaría ir en contra del propio texto del EDR⁹² y reducir los supuestos a aquellos casos en los que la prueba se exija solamente para exculpar o que las inferencias solamente

87 EDR, artículo 72 (5).

88 *Ibidem*, artículo 72 (6).

89 *Ibidem*, artículo 72 (7) (a) (iii) y (b) (ii).

90 *Ibidem*, artículo 74 (2).

91 *Ibidem*, artículo 67 (1) (e).

92 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31 (1).

deban ser tomadas para dar por no probados hechos cometidos por el acusado, ignorando los supuestos contrarios previstos en el EDR.

Existe también la posibilidad de que un estado se niegue a otorgar información o un documento que haya sido obtenido de una organización no gubernamental u organización internacional o con la condición de mantenerlo como confidencial. Ya que en este supuesto se establece que si el Estado al que se le solicita la información o documentación no adquiere el permiso para divulgar la información, ésta no podrá ser enviada a la CPI.⁹³ Este caso es distinto al de la seguridad nacional y no existen mecanismos de negociación como en el supuesto anterior. La prohibición es absoluta y la posibilidad de que se viole el derecho a la defensa es mayor.

XVI. CONCLUSIÓN

El presente estudio es un acercamiento al papel que juega el EDR en el ámbito internacional, desde su perspectiva más esencial: el debido proceso. En este sentido se planteó el lugar que ocupa el Estatuto como referente del proceso penal y su relación con los derechos humanos.

Posteriormente, se hizo una comparación entre las disposiciones del EDR relativas al debido proceso y su regulación y el *Pacto*. De esto se puede llegar a la conclusión de que el esquema planteado para la CPI es compatible o no con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Establecer una compatibilidad entre ambos tratados en su totalidad es imposible, pues la amplitud en la regulación varía de un tema al otro. En consecuencia resulta más útil referirse a un tema en específico y determinar si en el mismo existe alguna variación.

Sin embargo, afirmar que el EDR es violatorio de derechos humanos en aquellos aspectos donde hay una restricción de derechos implica ignorar dos aspectos de la contextualización inicial: tanto el Estatuto como el *Pacto* son tratados internacionales y ambos cuentan con un número considerable de ratificaciones. Adicionalmente, el *Pacto* data de 1966, mientras que el EDR fue redactado en 1998; lo cual le daría cierta preeminencia a este último tratado por ser posterior en tiempo.⁹⁴

Estos aspectos llevan a la conclusión de que el EDR es legítimo en sí mismo y no depende de su compatibilidad con el *Pacto*, para ser un tratado

⁹³ EDR, artículo 73.

⁹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 59.

internacional que goce de legitimidad. Lo que es más, en lo que al debido proceso se refiere, el EDR es un nuevo referente internacional, por lo que su proceso es un indicador, en este ámbito, de la forma de implementar dichos principios. Bajo esta línea de razonamiento, cualquier discrepancia con el *Pacto* debe interpretarse como un reajuste en el consenso internacional de lo que constituye el debido proceso.

El listado de derechos de los artículos 55 y 67 refleja esto, pero se percibe con mayor claridad en la relación que guardan los derechos del acusado con los víctimas, testigos y las necesidades derivadas de la seguridad nacional. La interacción regulada en el EDR entre los derechos del acusado y los intereses mencionados son consecuencia de la regulación de un proceso penal internacional. Son aspectos que ponen de manifiesto nuevas formas de entender el proceso penal y que, por primera vez, se incorporan en un tratado internacional. En otras palabras, son las nuevas exigencias del debido proceso, que hacen necesario el replanteamiento del proceso penal.

Nada de lo anterior lleva a la conclusión de que el *Pacto* ha perdido vigencia. Por lo menos en su relación con el EDR es posible identificar dos funciones: puede ser una herramienta de interpretación de conformidad con el artículo 21 (3) y será el referente del debido proceso internacionalmente reconocido en aquellos casos donde la CPI ejerza su competencia *ad hoc*,⁹⁵ cuando el estado en cuestión sea parte del *Pacto*.

En conclusión, estamos frente a una nueva forma de pensar el debido proceso y el proceso penal que necesariamente deberá tener un impacto en la política-criminal legislativa de los Estados que han aceptado este nuevo entendimiento de cosas en el ámbito internacional.

⁹⁵ EDR, artículo 12 (3).