

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- PRIETO CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1982.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. "Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo", *Revista La Ley*, 21.03.1996, pp. 1 e ss.
- RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil-Carlos "Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo" em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1999, p. 27-50.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. "Una Carta de Dudosos Utilidad" in MATÍA PORTILLA, F.J. (ed). *Protección de Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002, p. 198.
- RUSCA, Michele. "Le misure provvisoriale nell'assistenza internazionale in materia penale" em *Revue de droit suisse*, 1997, vol. II, pp. 135 ss.
- SAFFERLING, Christoph J. M. *Towards an International Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- STARMER, Keir, STRANGE, Michelle e WHITAKER, Quincy. *Criminal Justice, Police Powers & Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, V. 1, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997.
- VALLESPÍN PÉREZ, "Las garantías constitucionales en el proceso penal español" in *Ensayos de Derecho Procesal*, n. 21. Tegucigalpa: Graficentro Editores, 1999.
- ZAGARIS, Bruce e RESNIK, Jessica. "The Mexico-U.S. Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty: another step toward the harmonization of International Law Enforcement", 14 *Arizona Journal of International Law* (1997), pp. 01-96.

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?*

Kai Ambos

Catedrático [Prof. Titular] de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional de la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania Federal; Director del Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

Sumario: 1. Observaciones preliminares – 2. La fase de la investigación – 3. La fase de antejuicio – 4. La fase principal del juicio: 4.1 Presentación del caso; 4.2 Normas probatorias; 4.3 Otros aspectos – 5. Conclusiones.

Resumen: Este artículo analiza si el procedimiento penal internacional es "adversarial", "inquisitivo" o mixto. Examina las leyes del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; en lo sucesivo, TPIY) y de la Corte Penal Internacional (CPI), incluyendo los precedentes pertinentes. Tales leyes se han desarrollado a partir de un procedimiento adversarial hasta llegar a la creación de uno verdaderamente

* Traducción de Marta Donís y revisión por Rodrigo Aldoney Ramírez. Versión revisada y ampliada de una ponencia presentada en el Coloquio Internacional del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (IMP) "Criminal Justice between Due Process and Crime Control", 1ª sesión "Overview of different types of procedure", Castillo Ringberg (Tegernsee, Baviera), del 8 al 11 de mayo de 2002. Para un análisis actualizado del proceso internacional ver KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, Munich 2006 (ed. Beck), § 8. – Estoy en deuda, por sus inapreciables comentarios, con el Dr. Carl Friedrich Stuckenberg (Universidad de Bonn, Alemania Federal), con el Dr. Michael Bohlander (Tribunal de Apelaciones de Jena, Alemania Federal) y con el Prof. Richard Vogler (Universidad de Sussex, Reino Unido). Agradezco a Tobias Wenning, investigador asociado del IMP, por verificar las referencias a pie de página.

mixto, gracias a las diversas enmiendas a las Rules of Procedure and Evidence (Normas de Procedimiento y de Prueba [NPP]) y al anteproyecto del Estatuto de Roma, en el que se han fusionado elementos del Derecho de tradición Civil y del "Common Law" en un solo procedimiento internacional. Ya no es importante determinar si una norma es "adversarial" o "inquisitiva", sino si ayuda a los Tribunales a cumplir con su cometido y si observa los criterios fundamentales de un proceso justo. En cuanto a su eficiente supervisión, un Grupo de Expertos de Naciones Unidas invitó a los jueces a desempeñar un papel más activo, en particular con respecto a la conducción del procedimiento y a la recolección de pruebas. En este contexto, se propone que un Derecho de tradición Civil, semejante a un procedimiento dirigido por los Jueces, puede evitar demoras generadas en el libre intercambio de las partes. Sin embargo, el funcionamiento fluido de un sistema judicial depende, en última instancia, de sus actores, en virtud de que las normas procesales suministran solamente un marco general. Un procedimiento verdaderamente mixto requiere de fiscales, abogados defensores y jueces que conozcan tanto el "Common Law" como el de tradición Civil y que sean capaces de ver más allá de sus propios sistemas jurídicos.

Palabras-clave: Proceso Penal Internacional – Proceso Inquisitivo – Proceso Adversarial – Proceso Penal Mixto.

1. Observaciones preliminares

Mientras que el Estatuto del TPIY, al igual que el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés; en lo sucesivo, TPIR), sólo está integrado por unas cuantas disposiciones más bien generales de Derecho Procesal y su "código procesal" se fundamenta en las "Rules of Procedure and Evidence" ("Normas de Procedimiento y de Prueba"; en lo sucesivo, "Reglas")¹

1. Normas de Procedimiento y Prueba, según las enmiendas al TPIY del 11 y 12 de julio de 2002, IT/32/Rev. 24, www.un.org/icty/basic.htm. La última enmienda de la Reglas es del 17 de julio de 2003 = IT/32/Rev.28.

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

creado jurisprudencialmente, el "Código" de la CPI está contenido en el tratado internacional adoptado en Roma en 1998 (a partir de aquí: "Roma" o "Estatuto de la CPI")² y ha recibido una gran influencia de las leyes y la práctica de los Tribunales *Ad Hoc*. Las Normas de la CPI, finalmente acordadas por la Comisión Preparatoria en noviembre de 2000³ y aceptadas formalmente por la primera Asamblea de Estados Partes en septiembre de 2002 (Art. 112 del Estatuto de la CPI), sirven no sólo como una clarificación, sino como un complemento de la estructura procesal establecida en este último Estatuto (Art. 51). Después habrá un tercer instrumento, a saber, las Regulaciones que el propio Tribunal adoptará (Art. 52 del Estatuto). Resulta innecesario decir cuán difícil fue desembrollar estos tres conjuntos de preceptos en las negociaciones que desembocaron en el Estatuto de Roma.⁴ De esta manera, la diferencia principal entre el TPIY y la CPI radica en que sólo el primero ha aplicado hasta ahora sus Normas en la práctica y puede, por consiguiente, suministrarnos una guía más concreta y precisa tocante a qué modelo, si lo hay, ha de preferirse en el ámbito internacional.⁵

Antes de ocuparse del análisis del TPIY y de las normas de la CPI para responder a la pregunta formulada al principio, es necesario hacer una *aclaración terminológica*.⁶ El término inglés "inquisitorial" (inquisitorio), como normalmente

2. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN-Doc. A/CONF. 183/9, de acuerdo con las correcciones del procès-verbaux de 10.11.1998 y de 12.07.1999, www.un.org.law/icc.

3. Reporte de la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional, Addendum, parte I, Borrador final de las Normas de Procedimiento y Prueba (PCNICC/2000/1/Add. 1, 2.11.2000); www.un.org.law/icc.

4. A fin de tener una idea de la dificultad de las negociaciones para deslindar el Estatuto, las Normas y las Regulaciones del Tribunal, véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *The Process of Negotiation*, en LEE (ed.), *The ICC. The Making of the Rome Statute...*, 1999, pp. 217-227, pp. 224-226.

5. Para conocer la práctica de los Tribunales de la segunda posguerra mundial, véase MAY y WIERDA, *Trends in international criminal Evidence: Nuremberg, Tokio, La Haya y Arusha*, en *Col. J. of Transnational Law*, núm. 37, 1999, pp. 725-764; WALLACK, *The Procedural and Evidentiary Rules of the Post-World War II War Crimes Trials...*, en *ibid.*, pp. 851-882.

6. Este punto se trató asimismo durante la discusión en el coloquio citado. Véase ESER/RABENSTEIN (eds.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Fairness und Effizienz konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*, Internationales Kolloquium auf Schloss Ringberg, del 8 al 11 de mayo de 2002 (a publicarse en 2003).

lo utilizan los abogados formados en el "Common Law" para describir los sistemas jurídicos "civiles" de la Europa continental, es bastante desafortunado, ya que recuerda las épocas más oscuras de la Edad Media, cuando la persecución penal y la sentencia de un caso se concentraban en una institución, el juez como activo investigador (*inquisitio* = averiguación, indagatoria), mientras que el procedimiento se llevaba exclusivamente por escrito y en secreto y la tortura era un medio legítimo para obtener confesiones.⁷ Desde la perspectiva de un historiador del Derecho, la expresión "procedimiento inquisitivo" se reserva en general para el tipo de procedimiento disciplinario, y asimismo penal, instituido por el papa Inocencio III en el siglo XIII, que después dio lugar tanto al Derecho canónico como al Derecho secular y perduró hasta bien entrado el siglo XIX.⁸ La connotación despectiva del vocablo "inquisitorial" proviene, no tanto de los abusos y excesos posteriores del procedimiento regular de igual calificativo, sino más bien de su analogía terminológica con el tipo de procedimiento sumario e irregular utilizado para la persecución de herejes (*inquisitio haereticae pravitatis*) en el continente europeo, especialmente durante el apogeo del "Oficio de la Santa Inquisición", mientras que los abogados practicantes del "Common Law" tienden a pensar en los infames procesos políticos del *Star Chamber*.⁹ Sin embargo, el procedimiento inquisitivo, en el sentido de la *inquisitio*, fue de hecho abandonado durante la Revolución Francesa (1789) y durante el Procedimiento Penal Alemán Reformado (*Reformiertes Strafverfahren*), establecido

7. Sobre este significado tradicional, véase SAFFERLING, C, *Towards an international criminal Procedure*, 2001, pp. 6-7; TULKENS, F., *Criminal procedure: main comparable features...*, en DELMAS MARTY (ed.). *The criminal Process and human Rights*, núm. 5, 1995, pp. 8-9.

8. Aunque su verdadero origen no queda claro. Cfr. SCHULZ, L., *Normiertes Misstrauen*, 2001, pp. 49 y ss. Existe una relación histórica en DAMASKA, *Two Faces of Justice and State Authority*, 1986, p. 3.

9. Sobre la "inquisición" inglesa, véase BÖSE, M. Die verfassungrechtlichen Grundlagen des Satzes 'Nemo tenetur se ipsum accusare', en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, núm. 149, 2002, pp. 98, 108 y ss. (El *Star Chamber*, Tribunal inglés que operaba en Westminster, fue establecido formalmente por Enrique VII en 1487. Podía imponer cualquier castigo con excepción de la muerte. Sus juicios eran sumarios y a menudo inicuos, sus castigos arbitrarios y crueles. Fue abolido por el Parlamento en 1641)

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

después de la "revolución" alemana de 1848.¹⁰ Como consecuencia de ello, los procedimientos "inquisitivos" contemporáneos se caracterizan por separar responsabilidades por la fase de investigación o previa al juicio dirigida por la fiscalía acusadora y/o el *juge d'instruction* (juez de instrucción) y por el juicio mismo dirigido por un juez de primera instancia o por un tribunal. En este sentido, uno puede incluso decir que tanto el sistema adversarial como el "inquisitorial" son ambos inquisitivos, puesto que el Estado, en el sentido de la policía y la fiscalía,¹¹ inician y dirigen el proceso en la fase previa al juicio. De igual forma, ambos sistemas son "acusatorios", porque la persecución penal y la "acusación" están en manos de una institución diferente del juez encargado de la fase previa al juicio (la fiscalía o el *juge d'instruction*).¹² El significado original del *processus per accusationem*, como causa iniciada por un ciudadano privado,¹³ ya no es válido. Así, es engañoso llamar "acusatorio" únicamente al sistema adversarial,¹⁴ ya que ello implica que el proceso de tradición Civil actual no actúa de forma acusatoria a través de una autoridad encargado de la persecución penal. En resumen, la división entre inquisitivo-adversarial solamente tiene significado, si es que lo tiene, en términos históricos, prerrevolucionarios.¹⁵ Actualmente el procedimiento penal

10. Cfr. SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 8-9; BÖSE, M., *supra* n. 9, pp. 113 y ss.

11. Cfr. SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 55.

12. Efectivamente con el Procedimiento Penal Alemán Reformado se introdujo el procedimiento acusatorio o *Angklageprozess* (Art. X, § 179, de la Constitución de Francfort del Reich de 1848). Véase al respecto BÖSE, *supra* n. 9, pp. 113 y ss. (115); para una diferenciación correcta consúltese asimismo KRÉß, *Witnesses in proceedings before the ICC...*, en FISCHER, KRÉß y LÜDER (eds.). *International and national Prosecution of Crimes under international Law*, 2001, pp. 309-383, p. 308, n. 1.

13. DAMASKA, *supra* n. 8, p. 3.

14. Sin embargo, así lo utiliza ROBINSON, *Ensuring fair and expeditious trials at the ICTY*, en *EJIL*, núm. 11, 2000, pp. 569-589 y p. 574; ORIE, *Accusatorial vs. inquisitorial approach in international criminal proceedings...*, en CASSESE, GAETA y JONES (eds.). *The Rome Statute...*, 3 vols., 2002, pp. 1439-1495, p. 1440.

15. Véase en tal sentido el estudio clásico de MERRYMAN, J.H. *The civil law tradition*, 1969, pp. 134 y ss.; también parece emplearlo de igual modo AMANN, D.M. *Harmonic convergence? Constitutional criminal procedure in an international context*, en *Indiana law Journal*, núm. 75, 2000, pp. 809-873, pp. 816-817.

está regido por los principios de oralidad e intermediación. En otras palabras, el único elemento que podría explicar el término “inquisitivo”, para este tipo de procedimiento, es su naturaleza de ir tras la verdad. En tanto que en el sistema adversarial tal búsqueda de la verdad (procesal) está, si acaso, en manos de las partes y en consecuencia su conflicto se encuentra en el centro de los procedimientos (“enfoque de los dos casos”), en un sistema “inquisitivo” la responsabilidad recae en los organismos estatales a cargo de la persecución penal (“enfoque de un solo caso”).¹⁶ En este sentido, el modelo de tradición jurídico civil puede describirse de una forma más precisa como “dirigido por un juez” (*instruktorisch*) o, si seguimos el enfoque más estructuralista de DAMASKA, como “jerárquico”, mientras que el modelo del “*Common Law*” es “*adversarial*”, en la medida en que la fiscalía y la defensa son “adversarios”, o bien es “coordinado”.¹⁷ Otro término engañoso es el de procedimiento “angloamericano”, pues parece implicar que existe un procedimiento penal común para Gran Bretaña y Estados Unidos, cuando de hecho los procedimientos “británicos” (ingleses, escoceses e irlandeses) difieren entre sí, así como en relación con los estadounidenses, que a su vez son distintos en los diversos estados de la Unión. En todo caso, es aun peor atribuir un significado incorrecto o inadecuado a un vocablo que usarlo de manera engañosa. Por desgracia, esto ocurre con mucha frecuencia entre los juristas del “*Common Law*”, quienes a veces escriben sobre el Derecho de tradición Civil apoyándose exclusivamente en fuentes del “*Common Law*”¹⁸ y toman el modelo francés del Juez instructor como el único

16. Para obtener una buena explicación de los rasgos principales véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1443 y ss.

17. DAMASKA, *supra* n. 8, pp. 16 y ss.

18. Un ejemplo reciente representa MAY/WIERDA, *supra* n. 5, p. 727, quienes utilizan no sólo la dicotomía clásica “adversarial” e “inquisitivo”, sino que también afirman, por ejemplo, y de forma incorrecta, que en el sistema del Derecho de tradición Civil el alcance de la prueba no queda restringido, invocando como referencia un artículo del *Am. J. Crim. L.*; sin embargo, véase el § 245, par. 2, del StPO [Ordenanza Procesal Penal, N. T.] Alemán, según el cual el juez que preside puede rechazar las mociones probatorias por diversas razones.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

modelo del Derecho de tradición Civil,¹⁹ si bien debiera, al menos, distinguirse entre este modelo y el acusatorio (de origen alemán).²⁰ Si se mira más de cerca la diversidad de los sistemas de justicia penal en la Europa de la Unión Europea y, con mayor razón, del Consejo Europeo, de ninguna manera pueden darse automáticamente por supuestas la armonización y la convergencia.²¹ Con todas estas reservas, los términos “adversarial” e “inquisitivo” se utilizarán aquí sólo en el sentido general descrito, con objeto de reflejar la división aún existente entre el “*Common Law*” y el Derecho de tradición Civil.²² Después de todo, sigue siendo cierto que la “tipología llega a ser embarazosa y difícil de emplear como instrumento de análisis”²³ cuando hablamos de problemas procesales concretos y de normas específicas.

Regresando a nuestro asunto, hoy en día existe un acuerdo general de que el procedimiento anterior al TPIY y a la CPI es mixto, puesto que contiene elementos estructurales o bloques de construcción de los sistemas “adversarial” e “inquisitivo”.²⁴ No obstante, no debe pasarse por alto que únicamente las tendencias

19. A manera de ejemplo, consúltese a ROBINSON, *supra* n. 14, p. 575, quien, aparentemente, sólo conoce el sistema francés, al decir que “en el sistema inquisitivo hay un juez investigador”. Excepciones como la de RICHARD VOGLER confirman la regla. Véase su excelente estudio sobre el procedimiento francés en HATCHARD, HUBER y VOGLER (eds.). *Comparative criminal Procedure*, 1996.

20. Para más detalles véase AMBOS, *The status, role and accountability of the prosecutor of the ICC*, en *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm. 8, 2000, pp. 89-90.

21. Sin embargo, ésta es la impresión creada por AMANN, *supra* n. 15, pp. 810, 825 y ss., cuando habla de la “integración europea en la vanguardia de la convergencia”.

22. Aparentemente en un mismo sentido ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.440 y ss., con varias referencias.

23. DAMASKA, *supra* n. 8, p. 5.

24. Para el TPIY y el TPIR, véase DIXON, R. *Developing international rules of evidence for the Yugoslav and Rwanda tribunals*, en *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* núm. 7, 1997, pp. 81 y 83; VOHRAH, L. C. *Vol. I Commentary*, en McDONALD y SWAAK-GOLDMANN, *Substantive and procedural Aspects of international criminal Law*, 2000, pp. 479-545, p. 545; McDONALD, en *ibid.*, pp. 547-622, p. 558; OBOTE-ODORA, *Drafting of indictments for the ICTR*, CLF, núm. 12, 2001, pp. 335-358 (335); MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 735; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.463 y ss. (1464, 1492); MARCHESIELLO, *Proceedings before the pre-trial Chamber*, en *ibid.*, pp. 1.231-1.246,

recientes han fortalecido los elementos del Derecho de tradición Civil en el procedimiento penal internacional. Originalmente, las leyes de los Tribunales *Ad Hoc* fueron redactadas por juristas del "Common Law" y el Anteproyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional para una CPI²⁵ estipulaba un procedimiento adversarial.²⁶ Pese a que una de las Cámaras del TPIY declaró en 1996 que el procedimiento anterior a este Tribunal desarrolló una "amalgama única de características del 'Common Law' y del de tradición Civil" y "no se apega estrictamente al procedimiento del Derecho de tradición Civil o del 'Common Law' ...",²⁷ en aquella etapa la práctica de los tribunales adoptó todavía una perspectiva en gran parte adversarial.²⁸ En consecuencia, el 1999 Informe de Expertos

p. 1233; TERRIER, *Powers of the Trial Chamber*, en *ibid.*, pp. 1259-1276, p. 1271; *id.*, *Procedure before the trial Chamber*, en *ibid.*, pp. 1277-1318, p. 1296; WLADIMIROFF, *Challenges for defence lawyers taking cases for an international tribunal, Verteidigung vor den internationalen Strafgerichtshöfen*, ponencia presentada en el 53º Deutscher Anwaltstag, del 9 al 11 de mayo de 2002, p. 2; SAFFERLING no es muy claro al respecto cuando analiza el papel de los diferentes actores en *supra* n. 7, pp. 218-219, 223. En cuanto a la CPI, véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI. *The Elaboration of the Rules of Procedure and Evidence*, en Lee (ed.). *ICC. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, 235-257, p. 251; FRIMAN. *The Rules of procedure and evidence in the investigative stage*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 191-217, pp. 214, 217; HARHOFF, en *ibid.*, pp. 645-660, p. 650; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1475 y ss. (1493-1494); ESER, *Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof...*, Festschrift Spinellis, Atenas, 2001, pp. 339-369, p. 365.

25. Reporte de la ILC en su 46a. sesión, Estatuto borrador para una CPI, 2 de mayo de 1994-22 de julio de 1994, GA, 49ª sesión, sup. núm. 10, UN-Doc. A/49/10.

26. Cfr. BITTI, *Two bones of contention between civil and common law: the record of the proceedings and the treatment of concursus delictorum*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 273-288, p. 273; TOCHILOVSKY, *Legal systems and cultures in the ICC: the experience from the ICTY*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 627-644, pp. 628-629; GUARIGLIA, *Investigation and prosecution*, en LEE, *supra* n. 4, pp. 227-238, p. 234.

27. *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Defence Motion on Hearsay, 5 de agosto de 1996 (IT-94-1-T), par. 14, reimpresso en KLIP y SLUITER (eds.). *Annotated leading Cases of international criminal Tribunals*, vol. I, 1999, p. 193 (196). De igual forma, *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on the Motion on Presentation of Evidence by the accused Esad Landzo, 1 de mayo de 1997 (IT-96-21-T), par. 15: una "amalgama de elementos tanto del 'Common Law' como del Derecho de tradición Civil que la hace sui generis".

28. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements, 27 de noviembre de 1996 (IT-94-1-T), con opinión particular del Juez Stephen "el procedimiento del Tribunal Internacional es, en cuanto a su carácter, esencialmente adversarial...";

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

comprobó que el sistema adversarial "se reflejaba extensamente en los Estatutos"²⁹. Sólo con las diversas enmiendas de las Normas del TPIY — la última revisión (la número 24) data del 24 de agosto de 2002 — el procedimiento, en buena medida inspirado por el Informe mencionado,³⁰ evolucionó hacia uno mixto, de modo que en la actualidad puede hablarse justificadamente de un modelo sui generis.³¹ En cuanto a la CPI, el inicio de las deliberaciones del Comité Preparatorio de 1995 estuvo dominado por el "Common Law" a tal grado que el delegado francés Gilbert Bitti resolvió "advertir" a su gobierno "que era necesario reaccionar enérgicamente a fin de evitar un sistema puro de 'Common Law'".³² Aun cuando no falta quien califique lo anterior como una (típica) exageración de los franceses, a quienes por cierto han acusado de retrasar las negociaciones,³³ lo cierto es que el

el Juez Vohrah coincide con la misma. Cfr. asimismo CASSESE, *First annual report of the ICTY, Yb 1994*, p. 99; MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 737: "en esencia son aplicables los principios adversariales y los del 'Common Law'" (en lo referente a la presentación de pruebas), véase también la p. 739; VOHRAH, *supra* n. 24, p. 526: "en gran medida de naturaleza adversarial"; BOAS, *Admissibility of evidence under the RPE of the ICTY: Development of the 'flexibility principle'*, en MAY et al. (eds.). *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk Mc Donald*, 2001, pp. 263-274, p. 266; GUARIGLIA. *The Rules of Procedure and Evidence for the ICC*, en CASSESE et al. (eds.), *supra* n. 14, pp. 1111-1133 (en la p. 1112 se refiere a la versión inicial de las NPP); ORIE, *supra* n. 14, pp. 1463-1464; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1267; BOHLANDER, *Anspruch und Wirklichkeit...*, en HAEDRICH y EICHENHOFER (eds.). *Staatswissenschaften im Dialog - Schillerhausgespräche*, 2000/2001, Berlín, 2002, obra en la que el autor demuestra que las fuentes del "Common Law" se citan más del doble de veces en los precedentes que las fuentes del Derecho de tradición Civil. Respecto de Nuremberg y Tokio, que fueron incluso más adversariales, véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1456 y ss, p. 1492.

29. Report of the Expert Group to conduct a Review of the effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR, 22 de noviembre de 1999, UN Doc. A/54/634, par. 67; véase asimismo par. 82: "que refleja el sistema adversarial del 'Common Law' ...".

30. En el que se pedía que los Jueces "intervinieran mucho más", *supra* n. 29, pars. 75-78 y la recomendación 9. En el "Report on the Operation of the ICTY", presentado por el Juez Jorda en representación de todos los Jueces el 12 de mayo de 2000, se declara que "el Tribunal demostró su determinación de hacer uso de todas las recomendaciones..." (introducción, trasfondo).

31. De modo parecido se expresa ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 569, 588 y *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra* n. 27.

32. BITTI, *supra* n. 26, p. 274. Sobre la historia del anteproyecto véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, pp. 217 y ss.

33. BITTI, *supra* n. 26, p. 274; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, p. 221, que expresa que la existencia del Anteproyecto Francés alternativo "hizo extremadamente difíciles las discusiones".

llamado "Anteproyecto Francés" presentado en 1996³⁴ fue decisivo para suscitar un verdadero debate entre el "Common Law" y el Derecho de tradición Civil, que finalmente llevó a la convergencia de ambos sistemas en el Estatuto de la CPI y las Reglas.³⁵ Miremos ahora más de cerca las leyes y la práctica del TPIY y de la CPI en lo concerniente a las etapas procesales del procedimiento internacional, vale decir, la investigación, la fase previa al juicio y el fase de juicio.³⁶

2. La fase de la investigación

En ambos Tribunales la *Oficina de la Acción Penal*, supuestamente fuerte e independiente, inicia y dirige la investigación. El Fiscal determina si hay un caso *prima facie*³⁷ que requiera una investigación ulterior. Puede simplemente llevar a cabo medidas de investigación que no infrinjan los derechos individuales, como citar e interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, así como "recabar" cualquier otra prueba (Art. 18 (2) del TPIY, Norma 39 (i); Art 54 (3) del Estatuto de la CPI). No obstante, requiere autorización judicial para aplicar medidas coercitivas, como arrestar a un sospechoso (Normas 54 y ss; Art. 57 (3) del Estatuto de la CPI). La primera diferencia importante entre el TPIY y la CPI tiene que ver con

34. UN Doc A/AC.249/L.3 (1996).

35. Incluso FERNÁNDEZ DE GURMENDI, presidenta argentina del grupo de trabajo sobre Cuestiones Procesales y bastante crítica respecto del Anteproyecto Francés (*supra* n. 33), admite que sólo hacia fines de 1997, es decir, más de un año después que se presentó el anteproyecto, los delegados "habían terminado por aceptar que los procedimientos futuros de la Corte no reflejarían, ni podrían hacerlo, las opiniones nacionales particulares, sino que debían ser híbridos" (*supra* n. 4, p. 220). Véase también a KREß en GRÜTZNER, PÖTZ y KREß. *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2ª edición de hojas insertables, vol. 4, entrega 56, Barcelona, 2002, III 26, mn. 95.

36. Para esta misma (triple) distinción, consúltese SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 54, 172, 207; véase asimismo la estructura del Comentario editado por CASSESE *et al.*, *supra* n. 14, pp. 1111 y ss. (sección 6).

37. Sobre este criterio véase el excelente análisis comparativo de HUNT, *The meaning of a "prima facie case" for the purposes of confirmation*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 137-149; asimismo VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 491-492; TURONE, *Powers and duties of the prosecutor*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, p. 1173.

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

los límites y el tiempo de control y de supervisión del Fiscal. Mientras que el del TPIY decide de manera formalmente independiente si archiva un sumario o deja un caso y sólo se encuentra sujeto a una "revisión" subsecuente del sumario (Arts. 18 (4) y 19 del Estatuto del TPIY, Norma 47), en el caso de la CPI el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede suspender una investigación por un período (renovable) de doce meses (Art. 16 del Estatuto de la CPI) y la Sala de Cuestiones Preliminares interviene cuando el Fiscal decide si existe o no un "fundamento razonable" para iniciar el procedimiento, vale decir mucho antes que se redacte la acusación formal (Arts. 15 (3) y 53 del Estatuto de la CPI).³⁸ Sin embargo, lo que puede concluirse de esta diferencia en lo referente a nuestro asunto es muy poco, si es que puede sacarse algo en limpio. La injerencia judicial, antes que acaso pueda redactarse una acusación formal, se opone tanto a los métodos procesales adversariales como a los inquisitivos, en virtud de que ambos modelos dejan que el Fiscal adopte él solo esta medida.³⁹ Es evidentemente incorrecto considerar que el fiscal del TPIY y de la CPI, tan fuerte e independiente, es una expresión del sistema del "Common Law", en vista de que la creación de una autoridad de persecución penal responsable de la investigación fue uno de los grandes logros de la reforma "acusatoria"⁴⁰ al antiguo sistema inquisitivo. Alguien podría, sin embargo, sostener que, en conjunto, la idea del control o la supervisión judicial previa al proceso respecto del Fiscal, a título de una especie de procedimiento intermedio y de una Sala de Cuestiones Preliminares, es una mezcla de las influencias francesa y alemana y que, como tal, representa una "clara caracte-

38. Crit. BERGSMO, CISSÉ y STAKER, en ARBOUR, ESER, AMBOS y SANDERS (eds.). *The Prosecutor of a Permanent ICC*, 2000, p. 121, p. 142; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 81, 177; TURONE, *supra* n. 37, p. 1160. Sobre la relación entre los Arts. 15 y 53 del Estatuto de la CPI, véase FRIMAN. *Investigation and prosecution*, en LEE, *supra* n. 24, pp. 494-96; *id.*, *supra* n. 24, pp. 193-194; TURONE, *op. cit.*, pp. 1147 y ss. Extenso sobre la historia de la negociación de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, GURIGLIA, *supra* n. 26, pp. 233 y ss.

39. Desde una perspectiva comparada, confróntese ARBOUR *et al.*, *supra* n. 38; AMBOS, *supra* n. 20, 89 y ss.

40. Para el significado correcto de este término, véase *supra* n. 12 y ss (y el texto).

rística inquisitiva” de la fase de antejuicio ante la CPI.⁴¹ Efectivamente, durante las negociaciones los delegados del “Common Law” de los países “de pensamiento similar” (proclives a la CPI) consideraron que cualquier intervención judicial en el curso de la investigación, exceptuando la emisión de órdenes de arresto y otras actividades semejantes, podría comprometer la independencia del Fiscal;⁴² pero muy pronto tuvieron que percatarse de que la opción propuesta por países hostiles a la idea de un Fiscal independiente implicaba el control político por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es decir, por cinco Estados, dos de los cuales son hostiles (EEUU y China) y otro que, en el mejor de los casos, es neutral (Rusia) a la idea de una Corte Penal Internacional.⁴³ Así, finalmente el grupo con intereses afines se sintió obligado a respaldar en conjunto la existencia de un Fiscal independiente sujeto al control judicial, con lo que se dejó atrás la división entre el Derecho de tradición Civil y el “Common Law”. En este contexto, es interesante observar que la decisión de Estados Unidos de notificar al Secretario General de las Naciones Unidas que su país ya no se siente ligado a la firma de la administración Clinton (para “desfirmar” el tratado de la CPI) la justificó aduciendo, entre otras razones, que el Estatuto de Roma contempla “un sistema de persecución penal que es un poder carente de control”.⁴⁴ Acabamos de

41. FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; asimismo *id.*, *supra* n. 24, p. 192; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, p. 223; *Propuestas del Derecho de tradición Civil*; GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 228; SADAT y CARDEN, *The new ICC: an uneasy revolution*, en *Georgetown Law Journal*, núm. 88, 2000, p. 381, p. 399; TURON, p. 1157; KREß, *supra* n. 35, mn. 108.

42. *Cf.* GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 228.

43. La hostilidad del Consejo de Seguridad hacia la CPI quedó demostrada recientemente por la Resolución 1422 (2002) que, reinterpreta el Art. 16 del Estatuto de la Corte, concede una inmunidad renovable a los “exfuncionarios o al personal de un ... Estado no Parte del Estatuto de Roma respecto de actos u omisiones relacionados con una operación establecida o autorizada por Naciones Unidas ... por un periodo de doce meses a partir del 1 de julio de 2002”. He comentado lo anterior en el periódico alemán *Süddeutsche Zeitung* de 16 de julio de 2002, p. 13 (la versión en inglés puede encontrarse en <www.germanlawjournal.com>, publicada en octubre de 2002).

44. GROSSMAN, Marc, *Under Secretary for Political Affairs (Subsecretario de Asuntos Políticos), “American foreign policy and the International Criminal Court”, Remarks to the Center for Strategic and International Studies*, Washington, DC, 6 de mayo de 2002: “El Estatuto de Roma crea un

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

ver que lo contrario es verdad, por lo que resulta deprimente advertir a qué grado la administración estadounidense actual está dispuesta oscurecer la verdad en sus intentos por desacreditar a la CPI.

Regresemos a las funciones del Fiscal. Su imparcialidad, la obligación de establecer la verdad y presentar pruebas no sólo acusatorias sino también exculporias, explícitamente reconocidas por una Cámara del TPIY⁴⁵ y en los artículos 54 (1) (a) y 67 (2) del Estatuto de la CPI, pueden tenerse por un rasgo característico del procedimiento del Derecho de tradición Civil.⁴⁶ Aun cuando también en el sistema adversarial se exija al fiscal que se adhiera a los principios de verdad y objetividad,⁴⁷ el sistema del Derecho de tradición Civil es estructuralmente diferente por cuanto no opera en función de un caso de persecución y defensa y, por lo tanto, el Fiscal se considera como un agente independiente más que como parte.⁴⁸ Por otro lado, él tiene una amplia facultad discrecional en lo tocante a la decisión de iniciar una investigación que, en última instancia, depende de “los intereses de la justicia” (Arts. 53 (1) (c) y 2 (c) del Estatuto de la CPI)⁴⁹ e incluso puede entablar convenios con

sistema de persecución penal con poderes sin control”. Véase también Statement of Secretary of Defense Donald H. Rumsfeld ante el Senate Appropriations Committee Defense Subcomité de 21 de mayo de 2002: “falta de controles y equilibrios adecuados en los poderes del fiscal de la CPI y ¡sic! de los Jueces...”

45. *Prosecutor vs. Kupreskic*, Decision on Communications between the Parties and their Witnesses, 21 de septiembre de 1998 (IT 95-16-T): “...el Fiscal del Tribunal no es parte - o no lo es solamente - de los procedimientos adversariales, sino un órgano del Tribunal y un órgano de la justicia penal internacional cuyo objetivo es, además de afirmar una convicción, presentar el caso a la parte acusadora, lo que incluye tanto pruebas inculporias como exculporias, con objeto de ayudar a la Cámara a descubrir la verdad en un ámbito judicial...”

46. Para obtener una visión general véase ZAPPALÀ, *The rights of the accused*, en CASSESE *et al.*, *supra* n. 14, 1359-1354, pp. 1352-1353; crítico desde una perspectiva práctica KAY/SWART, *The role of the defence*, en CASSESE *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 1425.

47. SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 221-222.

48. Véase asimismo FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; *id.*, *supra* n. 24, p. 195; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 637; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 79, 86.

49. La referencia a los “intereses de la justicia” puede encontrarse asimismo en otras normas; por ejemplo, en las 71 y 5 (A) del TPIY. *Crit.* TURONE, *supra* n. 37, pp. 1.173 y ss; FOURMY, en CASSESE *et al.* (eds), *supra* n. 14, pp. 1.207-1.230, pp. 1.217-1.218.

Estados, organizaciones intergubernamentales o personas privadas con vista a su cooperación (Art. 54 (3) (d)).⁵⁰ Para los abogados de tradición Civil, estas formulaciones muestran similitudes inquietantes con el acuerdo de la reducción de la pena entre acusado y Fiscal,⁵¹ es decir, una característica clásica del "Common Law".

3. La fase de antejuicio

Aun cuando ni el procedimiento del TPIY ni el de la CPI tienen en cuenta una separación formal entre la fase de investigación y la de antejuicio, es posible trazar una línea divisoria entre la presentación del *indictment* (acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal) (TPIY) y los cargos formulados por la Fiscalía (CPI). En este momento termina la investigación y comienza la fase de antejuicio.⁵² Aquí descubrimos nuevamente importantes diferencias entre ambos Tribunales. Mientras que la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal del TPIY está sólo sujeta a lo ya mencionado *procedimiento de revisión* por un solo juez (Art. 19 del Estatuto del TPIY, Norma 47), los cargos de la CPI deben ser confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares en la denominada *audiencia de confirmación* (Art. 61 del Estatuto de la CPI); en cambio, el *indictment* puede confirmarse sin el acusado y éste puede incluso ser sometido al famoso procedimiento *in absentia*⁵³ de la Norma 61 (Art. 61 (1), 21ª cl. del Esta-

50. Crit. TURONE, *supra* n. 37, pp. 1.169-1.170.

51. FRIMAN, *supra* n. 24, p. 201.

52. Según VOHRAH, *supra* n. 24, p. 485, esta fase sólo comienza con la confirmación del Juez de la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del Fiscal (y termina con la presentación de las pruebas en el proceso por el Fiscal en el juicio). Esto significaría, sin embargo, que el tiempo entre la presentación de tal acusación formal y la confirmación judicial pertenecerían a la fase de investigación, aunque normalmente la Fiscalía sólo estaría a la espera de la resolución judicial durante el lapso indicado. En todo caso, ésta es solamente una cuestión formal sin implicaciones materiales. Para la fase de antejuicio, véase MARCHESIELLO, quien aborda el asunto desde una perspectiva comparada, *supra* n. 24, pp. 1.231 y ss., y traza una línea divisoria con la primera aparición del acusado (p. 1.239).

53. Si bien "es difícil concluir que el procedimiento de la norma 61 equivale a un proceso *in absentia*..." (Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 57; asimismo VOHRAH, *supra*

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

tuto de la CPI), los "cargos" pueden confirmarse por regla general⁵⁴ si el acusado está presente (Art. 61 (1), 2ª cl., Estatuto de la CPI).⁵⁵ Sea como fuere, la audiencia de confirmación ha recibido un apoyo general⁵⁶ y puede adecuarse en verdad tanto en del modelo "adversarial" como en el esquema "inquisitivo". En otros términos puede considerarse, como en general lo hacen los abogados que practican el "Common Law", como una especie de filtro que garantiza que sólo los casos verdaderamente importantes irán a juicio⁵⁷ o, como lo creen los abogados formados en el Derecho de tradición Civil, especialmente los franceses (que lo "inventaron"),⁵⁸ como un proceso previo bastante largo cuyo objeto es "confirmar" o verificar los cargos y evitar disputas demorasas sobre la revelación de pruebas en la etapa del proceso.⁵⁹ En este sentido compárese con el procedimiento francés en el caso de los "crímenes" ante la *Chambre d'accusation* o, como se propuso en la reciente reforma del Code de Procédure Pénale, en la *Chambre de l'instruction criminelle*

n. 24, p. 504; McDONALD, *supra* n. 24, p. 556; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1283), es de todas maneras un *procedimiento in absentia*. (de igual modo ORIE, *supra* n. 14, at 1467). En todo caso, también el Grupo de Expertos reconoce que "se podría abandonar sin ninguna disminución significativa en la efectividad del tribunal..." (ibid., para. 60). Véase sobre ese procedimiento también SAFFERING, *supra* n. 7, at 243; VOHRAH, *supra* n. 24, 503 y ss.; McDONALD, *supra* n. 24, pp. 555 y ss.

54. Véanse en el Art. 61 (2) las excepciones en lo referente a una audiencia *in absentia*.

55. Cfr. HARHOFF, *supra* n. 24, pp. 648-649; MARCHESIELLO, *supra* n. 24, pp. 123 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1283. En cuanto a la presencia durante el proceso, véase el Art. 63.

56. Ver FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 24, p. 251; BRADY, *Disclosure of evidence*, en LEE, *supra* n. 24, 403-426, p. 423, rechaza la opinión de que la audiencia de confirmación (Art. 61) se parece al *juge d'instruction* "en un sistema inquisitivo"; asimismo *id. Setting the record straight: A short note on disclosure and the record of the proceedings*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 261-272, p. 265.

57. Cfr. FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; MARCHESIELLO, *supra* n. 24, p. 1238; véase asimismo la descripción bastante adversarial de LEWIS, *The Rules of Procedure and Evidence of the ICC: Confirmation hearing to trial*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, 219-234, pp. 223-225.

58. Anteproyecto francés, *supra* n. 34, Art. 48. Véase también el Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, vol. II (compilación de propuestas), GA, 51st session, supp. 22A, UN-Doc A/51/22, pp. 119-125.

59. Véase BITTI, *supra* n. 26, p. 276; FOURMY, *supra* n. 49, p. 1.225 ("organismo preparatorio"); crit. BRADY, *supra* n. 56 (ajuste), p. 264.

(Art. 191-230 CPP).⁶⁰ Cualquiera que fuese el caso, semejante procedimiento de "filtro" fue propuesto en diciembre de 1998 en los Tribunales *Ad Hoc* con las Pre-Trial and Pre-Defence Conferences [Reuniones Preprocesales y previas a la Defensa] (Normas 73 *bis* y 73^a del TPIY), aunque ya se había tomado en consideración en las Status Conferences (Reuniones en torno a la Naturaleza Jurídica) (Norma 65 *bis* del TPIY).⁶¹ La propuesta de un Juez de antejuicio (Norma 65^a del TPIY) fortalece la intervención judicial en la etapa anterior al proceso según el modelo del Derecho de tradición Civil, pese a que este Juez tiene funciones sólo de coordinación y no de investigación.⁶²

Otra zona de conflicto entre el "Common Law" y el Derecho de tradición Civil tiene que ver con la *presentación de los cargos* por parte del Fiscal. Si bien existen precedentes abundantes de los Tribunales *Ad Hoc* sobre la forma del *indictment* (Art. 18 (4) del Estatuto del TPIY, Norma 47) que requiere una formulación precisa de los hechos imputada al acusado y de su calificación jurídica,⁶³ no queda muy

60. Loi n. 2000-516 del 15 junio.

61. *Cfr.* VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 541 y ss.; FOURMY, *supra* n. 49, p. 1.229.

62. *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1.465.

63. Véase *Prosecutor vs. Kunarac & Kovac*, Decision on the Form of the Indictment, 4 November 1999 (IT-96-23-PT), par. 6: la acusación debe dejar en claro la naturaleza de la supuesta responsabilidad, es decir, la disposición en que se hallaba el acusado cuando cometió los delitos y los hechos materiales para establecer la responsabilidad; asimismo, debe especificar el lugar y el tiempo de los delitos y de otras personas que hayan tomado parte en el mismo. - *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Preliminary Motion on Form of Attended Indictment, 11 February 2000 (IT-97-25-PT), par. 60: alegato general con respecto a la responsabilidad como superior, responsabilidad personal o por cooperación e instigación "probablemente causará ambigüedad..."; es preferible "indicar precisa y expresamente, respecto de cada imputación individual, la naturaleza específica de la responsabilidad." En particular, cuando hay diferencias en lo concerniente a la responsabilidad, "no debe dejarse al acusado concluir a partir de la ausencia de hechos" que no se persigue determinada responsabilidad. En *Prosecutor vs. Dosen y Kohundzija*, Decision on Preliminary Motions, 10 February 2000 (IT-95-8-PT), pars. 8-15, se hacen afirmaciones semejantes a las anteriores. *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Form of Second Amended Indictment, 11 May 2000 (IT-97-25-PT), par. 16: En cuanto a la responsabilidad basada en la finalidad común como parte de una actividad criminal conjunta, la acusación formal debe indicar la "la naturaleza o finalidad de la actividad criminal conjunta" (su "esencia"), el tiempo durante el cual existió tal actividad, la identidad de los que tomaron parte en ella, al menos en referencia a

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

claro si las acusaciones de la persecución penal tienen un efecto obligatorio en las etapas subsiguientes. En términos generales, hay claridad en cuanto a que, después de la confirmación de los cargos, una enmienda requiere autorización judicial; por otra parte, si se concede tal autorización, la enmienda real es tarea del Fiscal.⁶⁴ En *Kupreskic* una de las Salas permitió reformar la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del Fiscal únicamente cuando los delitos fueran menos graves o se denegasen. En lo tocante a los delitos más graves o de índole diferente, la Sala tiene la obligación de convocar al Fiscal para modificar la acusación formal mencionada.⁶⁵ Por su parte la CPI, en su calidad de tribunal, debe basar su juicio, en atención al artículo 74 (2), cláusula 2 del Estatuto, "en los hechos y circunstancias descritos en los cargos y cualesquier enmiendas a estos últimos..."; sin embargo, no queda claro si tales cargos siguen siendo los originales, tal como los redactó el Fiscal, o si la Sala de Cuestiones Preliminares tiene el derecho de enmendarlos *motu proprio* en la audiencia de confirmación. El "Common Law"

su categoría como grupo, así como la naturaleza de la participación del acusado en la misma. Para consultar otros requisitos relacionados con el caso de la Fiscalía, especialmente en lo concerniente al elemento mental, véase *Prosecutor vs. Brdjanin y Talic*, Decision on Form of Further Attended Indictment and Prosecution Application to amend, 26 June 2001 (IT-99-36-PT), pars. 41-43, 46 y ss.; véase también *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement, 23 October 2001 (IT-95-16-A), pars. 79 y ss. y 306 y ss., entre los que se incluyen los precedentes mencionados y las críticas a las acusaciones contra Z y M. Kupreskic y Josipovic, en virtud de que no son suficientemente precisas (par. 88: "los suficientes detalles para informar claramente al acusado acerca de los cargos..."; "alegar con suficiente detalle contra el aspecto esencial del caso de la Fiscalía"). Con lo anterior se relaciona el problema de la *formulación de cargos acumulativa*. Según la Cámara de Apelaciones, "debe admitirse a la luz del hecho de que, antes de la presentación de las pruebas, no es posible determinar con certeza qué cargos... se probarán" (*Prosecutor vs. Delalic et al.*, Judgement 20 February 2001 (IT-96-21-A), par. 400; conc. *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, Judgement 12 June 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 167); *Prosecutor vs. Krstic*, Judgment 2 August 2001 (IT-98-33-T), par. 559. Confróntese asimismo *Prosecutor vs. Kunarac & Kovac*, Decision on the Form of the Indictment, 4 November 1999 (IT-96-23-PT): se permite que se acumulen diferentes delitos para los mismos hechos; la acumulación de cargos sólo es relevante para la sentencia. *Cfr.* igualmente VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 490, 537 y ss.

64. Ver para el TPIY VOHRAH, *supra* n. 24, p. 493.

65. *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement, 14 January 2000 (IT-95-16-T), pars. 728 y ss. (744 y ss.).

preferiría el planteamiento anterior, puesto que en su tradición el tribunal está sujeto a la calificación jurídica de los cargos formulados por el Fiscal. El último enfoque se asemeja más al Derecho de tradición Civil, en vista de que el Tribunal puede reformar, de propio derecho, los cargos y no sólo aceptarlos o descartarlos, de acuerdo con el principio *iura novit curia*.⁶⁶ A primera vista, el Estatuto de la CPI parece seguir el planteamiento del "Common Law", pues la Cámara puede solamente confirmar o rechazar los cargos (Art. 61 (7) (a), (b)) o aplazar la audiencia y "...solicitar al fiscal que considere..." (Art. 61 (7) (c)), proporcionar más pruebas (i) o modificar un cargo por motivo de una calificación jurídica diferente (ii). Por otra parte, dados los amplios poderes de la Sala de Cuestiones Preliminares y de la Sala de Audiencias, es posible afirmar que tienen el poder intrínseco de corregir las acusaciones con tal que los derechos de la defensa no se violen, vale decir, siempre que la defensa tenga el tiempo suficiente para reaccionar a tal reforma.⁶⁷ En realidad, la falta de claridad al respecto en el Estatuto de la CPI obedece a que, durante las negociaciones, no hubo acuerdo entre los juristas del "Common Law" y los del Derecho de tradición Civil. La cuestión se dejó, como tantas otras, evidentemente abierta.⁶⁸

Nuevos problemas se suscitan en torno a las *disclosure rules* (normas de revelación).⁶⁹ En ambos Tribunales, el fiscal está obligado a dar a conocer la mayoría

66. Véase FRIMAN, *supra* n. 38, pp. 208-209; Bitti, *supra* n. 26, p. 282. Ver asimismo *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, *supra* n. 65, pars. 723, 733 y ss. (con reservas en cuanto a la aplicabilidad del principio en los procesos penales internacionales).

67. Esta "solución del Derecho de tradición Civil" es aplicable a Kosovo de acuerdo con el Art. 337 del Criminal Procedure Act of the SFRY. Sin embargo, para los problemas de los fiscales según el "Common Law", UNMIK ha propuesto un Art. 374 en su Draft Procedural Code for Kosovo (fechado en septiembre de 2001, el cual sólo permite rectificar las acusaciones).

68. Véase FRIMAN, *supra* n. 38, pp. 208-210; BITTI, *supra* n. 26, pp. 280-281, 284-288.

69. Para un análisis más detallado en torno al TPIY, véase PRUITT, *Discovery: mutual disclosure, unilateral disclosure and non-disclosure...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 305-314; MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 756 y ss.; sobre el TPIY y la SPI en general, ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.449-1.450, 1.469-1.470, 1.483-1.484.

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

de las pruebas (incriminatorias) a la defensa ya sea *motu proprio*, o a solicitud (ICTY Rules 66 [Norma 66 del TPIY]; Art. 61 (3) del Estatuto de la CPI, Normas 76, 77, 121 (2)).⁷⁰ En cuanto a las pruebas exculpatorias, deben darse a conocer "... tan pronto como sea posible..." (Norma 68 del TPIY; Art. 67 (2) del Estatuto de la CPI, Norma 83)).⁷¹ Un representante de la persecución penal debe certificar que se ha llevado a cabo un examen cabal de todo el material pertinente.⁷² La revelación de pruebas debe ser específica. En lo concerniente a los testigos, por ejemplo, deben darse a conocer fecha y lugar de nacimiento, sexo y lugar de residencia (no la dirección), en virtud de que una defensa idónea "revela más que un careo a ciegas en una sala del tribunal".⁷³ Sin embargo, un careo a ciegas puede ser consecuencia de la necesidad de proteger a ciertos testigos y garantizarles el anonimato (Art. 22 del Estatuto del TPIY, Normas 69, 75; Art. 68 del Estatuto de la CPI, Normas 87 y 88).⁷⁴ Si bien esta posibilidad afecta, en principio, tanto a los testigos de la

70. *Prosecutor vs. Furundžija*, Decision 16 July 1998 (IT-95-17/1-T), reimpresso en KLIP y SLUITER (eds.), *Annotated leading Cases of international criminal Tribunals*, vol. III, 2001, pp. 223 (226); par. 19: el Art. 20 del Estatuto asume una situación de descubrimiento cabal, pertinente y oportuno por parte de la Fiscalía.

71. Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Krajisnik & Plavsic*, Decision on Prosecution Motion for Clarification in Respect of Application of Rules 65, 66(B) and 67(C), 1 August 2001 (IT-00-39 & 40 PT), par. 10: "La Fiscalía debe revelar *todas* las presentaciones de pruebas con las que se propone contar, por lo menos en el momento en que archive el documento previo al proceso". (Cursivas agregadas; la Fiscalía sugirió que no estaba obligada a revelar los 400 documentos que quedaban de un total de 800.) Al respecto, puede consultarse también a VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 519-520; PRUITT, *supra* n. 69, pp. 309 y ss. Sobre la definición del "material exculpatorio" y otros problemas no resueltos en este contexto, véase HARMON y KARAGIANNAKIS. *The disclosure of exculpatory material...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 315-328.

72. *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Motion by Prosecution to Modify Order for Compliance with Rule 68, 1 November 1999 (IT-97-25-PT).

73. *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on the Defense Motion to Compel the Discovery of Identity and Location of Witnesses, 18 March 1997 (IT-96-21), pars. 17, 19 y 20.

74. Ver, por ejemplo, *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995 (IT-94-1-T), reimpresso en KLIP y SLUITER, *supra* n. 27, p. 155, pars. 4, 55 y ss., argumentando en favor del anonimato absoluto y desarrollando cinco condiciones (pars. 62-66); voto dicidente del Juez Stephen, opinión separada, 10 Aug. 1995, pp. 11, 15 y *passim*; conc. *Prosecutor vs. Blaskic*, Decision on the Application of

Fiscalía como de la defensa, será más frecuente que limite el derecho del acusado al careo y ello habrá de influir, por consiguiente, en un difícil equilibrio entre este derecho y la protección de los testigos.⁷⁵ La defensa sólo tiene obligaciones específicas de información en casos especiales, como cuando existe una coartada (Norma 67 del TPIY, Normas 78 y 79 de la CPI).⁷⁶ No puede obligarse a dar a conocer pruebas inculpativas, ya que ello violaría la prerrogativa del acusado a la no autoincriminación (Art. 67 (1) (g) del Estatuto de la CPI)⁷⁷ y asimismo el principio general de igualdad de armas, dada la superioridad de recursos de la Fiscalía.⁷⁸ Sin embargo, la Norma 73 del TPIY, estipula que debe haber una Reunión previa

the Prosecutor dated 17 October 1996, etc. 5 November 1996 (IT-95-14), par. 34 (sin conceder las medidas de protección *in casu*, par. 45). El acuerdo de la resolución *Tadic*, de que los testigos fueran totalmente anónimos, se ha considerado en general como violatoria del debido proceso legal. Véase al respecto LEIGH, *Editorial comment*, en *AJIL*, núm. 91, 1997, p. 80; igualmente McDONALD, *op. cit.*, pp. 562 y 568: anonimato como "anátoma"; MUMBA, *Ensuring a fair trial while protecting victims and witnesses – balancing of interests?*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 359-371, pp. 368 y ss. (quien sigue fundamentalmente al Juez Stephen); GUARIGLIA, *supra* n. 28, pp. 1125-1126; ZAPPALÀ, *supra* n. 46, p. 1333. Crit. también CRETA, *The search for justice in the former Yugoslavia and beyond analyzing the rights of the accused...*, en *Hous. J. Int'l L.* núm. 20, 1998, pp. 381-418, pp. 394 y ss.

75. Los redactores del Estatuto de la CPI estaban al tanto de este problema, estipulando en la última cláusula del Art. 68 (1) que las medidas de protección a la víctima "no debieran ser perjudiciales o contradictorias con los derechos del acusado y con un proceso justo e imparcial." Para un análisis detallado en relación con el punto anterior, véase DEFRANCIA, *Due process in international criminal courts: Why procedure matters*, en *Virginia Law Review*, núm. 87, 2001, pp. 1.381-1.439, pp. 1.410 y ss., quien argumenta en favor de un "derecho atenuado al careo" p. 14.179; MUMBA, *supra* n. 74, pp. 361 y ss.; véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 277 y ss., pp. 374-375, que defiende "un sistema combinado en el que el Juez y el abogado trabajan conjuntamente para establecer la verdad" (p. 286) y una "combinación de una estructura adversarial basada en la formulación de repreguntas, por una parte, y un sistema inquisitivo con un Juez activo, por la otra..." (p. 288). Cfr. igualmente McDONALD, *supra* n. 24, pp. 558, p. 562 y ss.; ZAPPALÀ, *supra* n. 46, pp. 1330 y ss.; JONES, *Protection of victims and witnesses*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1355-1370, pp. 1364 y ss.

76. Véase también el Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 89, con la recomendación 12; VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 516-517.

77. BRADY, *supra* n. 56, p. 414. Sobre el difícil problema del derecho de los testigos a la no autoincriminación, consúltese AMBOS, *EJIL*, núm. 15, 2002, pp. 155-177, donde expongo que la Norma 74 de la CPI sigue el "Common Law" (p. 166 y *passim*).

78. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 760-761; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 194, 202 y 374.

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

a la Defensa, lo que implica la revelación de los testigos de la defensa (y no de sus declaraciones!),⁷⁹ con lo cual busca evitar largos interrogatorios durante la etapa del proceso.⁸⁰ La revelación se halla limitada en lo referente a informes, memoranda u otros documentos internos (Norma 70 del TPIY, Norma 81 de la CPI).⁸¹ Por lo demás, queda a decisión de la Sala de Audiencias si se lleva a cabo la revelación o no (Norma 66 (C) del TPIY),⁸² actuando como árbitro entre las partes.⁸³ De esta manera, la revelación es un proceso continuo⁸⁴ que implica una "obligación permanente" que se extiende hasta la etapa posterior al proceso, incluyendo las apelaciones.⁸⁵ Desde un punto de vista conceptual, las citadas normas de revelación son una clara expresión del modelo adversarial, en virtud de que su "enfoque de los dos casos" hace que la revelación (mutua) se vuelva necesaria para garantizar que ambas partes tengan el mismo nivel de información.⁸⁶ En cambio, son superfluas en el sistema del Derecho de tradición Civil en el que, según el "enfoque de un solo caso",⁸⁷ la investigación queda en manos del Fiscal y éste investiga tanto las pruebas inculpativas como las exoneradoras. En estas circunstancias, es

79. Esto contravendría la prerrogativa de la relación abogado-cliente en cuanto al secreto profesional, reconocido en el modelo del Derecho de tradición Civil. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 28; asimismo ORIE, *supra* n. 14, p. 1.470, n. 130.

80. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 761; ver también VOHRAH, *supra* n. 24, p. 542.

81. Sobre la índole excepcional de la Norma 70 (B), véase *Prosecutor vs. Brđjanin & Talić*, Decision on Joint Motion by Momčilo Krajinac and Biljana Plavšić for Access to Trial Transcripts of Both Open and Closed Session and Documents and Things Filed under Seal, 13 March 2002 (IT-99-36-PT), par. 19.

82. Para una visión general de la historia de la redacción de estas Normas, véase BRADY, *supra* n. 56, pp. 403-426; ver asimismo LEWIS, *supra* n. 57, pp. 226-227.

83. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 758.

84. Cfr. BRADY, *supra* n. 56, p. 422; Pruitt, *supra* n. 69, p. 308.

85. *Prosecutor vs. Blaskić*, Decision on the Appellant's Motion for the Production of Material, Suspension or Extension of the Briefing Schedule, and Additional Filings, 26 September 2000 (IT-95-14-A), pars. 29 y ss (42).

86. Cfr. SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 198; véase también ORIE, *supra* n. 14, p. 1469, quien observa la semejanza con las US Federal Rules of Criminal Procedure.

87. Sobre esta terminología, véase *supra* n. 16 y texto.

suficiente con que se conceda a la defensa acceso al *dossier* [expediente] del Fiscal en determinado momento antes del inicio del proceso.⁸⁸ En cierto sentido, el *dossier* cumple la función de las normas de revelación del "Common Law".⁸⁹ De hecho, la Norma 121 (2) (c) de la CPI vincula las normas de revelación al *dossier* y requiere que todas las pruebas reveladas sean comunicadas a la Sala de Cuestiones Preliminares.⁹⁰ Es cierto que la diferencia conceptual entre revelación y *dossier* puede tener menos validez en la práctica, en la que podemos detectar una evidente convergencia de los sistemas, ya que la Fiscalía investiga básicamente su propio caso y trata de mantener en secreto las pruebas el mayor tiempo posible. Incluso un juez activo del Derecho de tradición Civil difícilmente puede igualar las ventajas de la Fiscalía que surgen durante la fase de investigación. Por consiguiente, desde la perspectiva de los derechos humanos, sólo las normas amplias de revelación salvaguardan adecuadamente el derecho de la defensa. Esto se aplica no sólo a un procedimiento adversarial. Así el planteamiento adoptado por las Normas de la CPI (especialmente la Normas 70, 77 y 78), de que "todas las cartas deben estar sobre la mesa" es bienvenido.⁹¹

En cuanto a los intereses potenciales de *seguridad nacional*, puede formularse una triple norma: la información común y corriente debe darse a conocer al acusado; la confidencial sólo a su abogado y aquella perteneciente a la seguridad nacional no debe revelarse en absoluto.⁹²

Mucho más indicativo de que las normas actuales del TPIY y de la CPI tienen un carácter de componenda es el desarrollo de una *guilty plea* (declaración

88. Ver asimismo FRIMAN *supra* n. 24, p. 213; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, pp. 640-641; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.450-1.451.

89. Cfr. ORIE, *supra* n. 14, p. 1.484.

90. Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1.484, quien considera que esta disposición altera el carácter de la revelación.

91. GUARIGLIA, *supra* n. 28, p. 1.127.

92. SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 196. Para un análisis general, véase MALANCZUK, *Protection of national security interests*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1.371-1.386.

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

de culpabilidad por parte del acusado) o, como se la conoce en el Artículo 65 del Estatuto de la CPI, "procedimiento de la 'admisión de culpabilidad'".⁹³ Originalmente las Normas 62 (iii)-(v) del TPIY proporcionaban un procedimiento directo de declaración de culpabilidad por parte del acusado del "Common Law" que llevaba el proceso directamente a la etapa de la sentencia si el acusado formulaba una declaración.⁹⁴ En tal caso se realizaba una audiencia de imposición de sentencia por separado, es decir, se llevaban por separado el procedimiento para establecer la culpabilidad o la inocencia del acusado y la resolución respecto de la sentencia.⁹⁵ Este sistema se desmembró muy rápidamente con el proceso *Erdemovic*, en el que el acusado, a quien se defendió inadecuadamente, "confesó" haber matado a civiles bajo coacción.⁹⁶ Su confesión se aceptó primero como una declaración de culpabilidad válida por parte de una de las Salas de Audiencias,⁹⁷ pero posteriormente la Cámara de Apelaciones anuló esta resolución.⁹⁸ Posteriormente estableció cuatro requisitos para una declaración de culpabilidad por parte del acusado, que ahora pueden encontrarse en la Norma 62 *bis*: la declaración debe ser voluntaria, informada, no ser equívoca y es necesario que exista una base suficiente y fundada

93. Ver también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, pp. 638-640; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 272 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1286 y ss.; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1480-1481; BOHLANDER, *Plea-Bargaining before the ICTY*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, 151-163 (con una buena explicación en las pp. 159 y ss., de la postura alemana).

94. Cfr. VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 511 y ss.

95. Sobre una visión general de esta separación, ver *infra*, n. 223 y texto.

96. ICTY Trial Chamber I, *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic* Sentencing Judgement, 29 November 1996, caso núm. IT-96-22-T, par. 10: "Señoría, tuve que hacerlo. Si me hubiera negado, me habrían matado junto con las víctimas. Cuando me rehusé a asesinarlos, me dijeron: 'Si sientes pena por ellos, párate, fórmate de su lado y también morirás'. No lo siento por mí, sino por mi familia, mi esposa y mi hijo, que en ese tiempo tenía nueve meses. Y no pude negarme porque entonces me habrían matado". Este caso fue analizado en diversas ocasiones; véase, por ejemplo, McDONALD, *supra* n. 24, pp. 574 y ss.; BOHLANDER, *supra* n. 93, pp. 153 y ss.

97. *Prosecutor vs. Erdemovic*, *supra* n. 96.

98. ICTY - Appeals Chamber, *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic*, Judgement, 7 October 1997 (IT-96-22-A); reimpresso en KLIP y SLUITER (eds.), *supra* n. 27, p. 537 y McDONALD y SWAAK-GOLDMAN (eds.), *supra* n. 24, vol. II, parte 2, p. 1.421.

en hechos sobre la consumación del delito y la participación del acusado en él. Solamente si se cumplen estas condiciones puede la Sala de Audiencias presentar un veredicto de culpabilidad y establecer una fecha para la audiencia de la sentencia (Normas 62 *bis* y 100). La Norma 62^a se encarga, además, del procedimiento para un acuerdo respecto de la declaración⁹⁹ entre el Fiscal y el acusado, cuya característica más importante en nuestro contexto es que no es obligatorio para la Sala de Audiencias.

Esta última no está limitada a la consideración de los hechos, tal como lo han acordado la Fiscalía y la defensa “porque su obligación principal es asegurarse de que hay un fundamento verdadero suficiente para el delito y la participación del acusado en él”.¹⁰⁰ Sólo si la Cámara inscribe un veredicto de culpabilidad, deberá, por regla general, apoyarse en los hechos acordados para imponer sentencia.¹⁰¹ De igual manera, el artículo 65 del Estatuto de la CPI y la Norma 139, fuertemente influenciadas por el desastre Erdemovic,¹⁰² dejan que la Sala de Audiencias adopte completamente sus resoluciones respecto de la validez de la “admisión de culpabilidad”, tomando en cuenta los criterios antes mencionados. Puede bien registrar una condena, o bien ordenar la continuación del proceso. Además, cualquier acuerdo o trato entre el Fiscal y el acusado – el Estatuto de la CPI habla de “discusiones” – no es obligatorio para la Sala de Audiencias (Norma 62 (C)) del TPIY, Art. 65(5) del Estatuto de la CPI). De esta manera, aun cuando se reconoció la necesidad de que hubiese discusiones entre las partes, ello no tuvo como objeto impedir que las víctimas y el testigo hablaran de la “verdad histórica” en sesión del Tribunal.¹⁰³

99. Ver, por ejemplo, los acuerdos sobre la defensa en *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, Judgement 13 November 2001 (IT-95-8-S), pars. 17 y ss.

100. *Ibid.*, par. 48.

101. *Prosecutor vs. Jelavic*, Judgement 5 July 2001 (IT-95-10-A), par. 87; asimismo *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, *supra* n. 99, par. 49.

102. Cfr. BEHRENS, *The trial proceedings*, en LEE, *supra* n. 4, pp. 241-242.

103. Cfr. BEHRENS, *supra* n. 102, p. 242. Sobre la función de búsqueda de la verdad del TPIY, véase MAY y PIERDA, *Evidence before the ICTY*, en MAY *et al.* (eds.), *supra*, n. 28, pp. 249-261, pp. 252-253; RODRIGUES y TOURNAYE, *Hearsay evidence*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 291-303, pp. 296-297.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

Difícilmente puede decirse que esta disposición sea una “componenda”,¹⁰⁴ sino que muestra la fuerza de la influencia adquirida por el Derecho de tradición Civil y, en este caso, su escepticismo en relación con la idea de mecanismos de negociación en procesos penales. En realidad, puede decirse que la “sobre-regulación” de la declaración de culpabilidad por parte del acusado socava su finalidad misma, a saber, acortar los procedimientos,¹⁰⁵ su efecto se convierte en una simple confesión.¹⁰⁶

Este tipo de declaración de culpabilidad por parte del acusado puede llevar a una gran frustración entre los juristas del “Common Law”. El presente autor presencié un proceso llevado a cabo en el Timor Oriental bajo la Regulación 15/2000 de la UNTAET (United Nations Transitional Administration for East Timor), que en esencia es una copia del Estatuto de la CPI, en el que un acusado inscribió una declaración de culpabilidad con base en un acuerdo de declaración con el Fiscal (británico), siguiendo la práctica de los Tribunales *Ad Hoc*.¹⁰⁷ Él deseaba obviamente que terminara su proceso, pero fue interrogado tan intensamente por un grupo de tres Jueces practicantes del Derecho de tradición Civil (dos internacionales provenientes de Italia y Benin y uno de Timor Oriental) que finalmente desistió de tratar de convencerlos, especialmente al africano, que efectivamente había hecho su declaración de una manera voluntaria, informada e inequívoca. El final de la historia fue que su declaración no fue aceptada y el proceso continuó de forma ordinaria por un buen tiempo.

En resumen, las actuales medidas respecto de la declaración de culpabilidad por parte del acusado son un buen ejemplo de las reformas excesivas de Derecho de tradición Civil a las instituciones ya establecidas del “Common Law”. Esto le facilita a los juristas del Derecho de tradición Civil (véase el ejemplo del Timor

104. *Supra* n. 4, p. 223.

105. Cfr. CRETA, *supra* n. 74, p. 407.

106. Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1.481, quien se muestra complacido con lo anterior y considera que el Estatuto de la CPI cumple con los requisitos de la justicia mejor que el del TPIY.

107. Cfr. *supra* n. 99.

Oriental) rechazar incluso declaraciones de culpabilidad “limpias”, mientras que los juristas del “Common Law” tienen que hacer frente a normas inoperantes completamente ajenas a su práctica normal.

4. La fase principal del juicio

4.1 Presentación del caso

Se ha dicho con razón¹⁰⁸ que el período de prueba es la etapa procesal en la que más se contraponen los principios del “Common Law” y del Derecho de tradición Civil. En este caso podemos identificar nuevamente, en diversos campos, reformas del Derecho de tradición Civil, dentro de una estructura del “Common Law”, el primero de los cuales se refiere a la *presentación del caso* (Normas 82 y ss. del TPIY). A primera vista, las Normas del TPIY parecen asemejarse a un procedimiento adversarial (“inclinación adversarial”)¹⁰⁹ en lo referente a los alegatos de apertura de la fiscalía persecución penal y la defensa (Norma 84); a la presentación de pruebas por parte de la fiscalía y la defensa, seguida de la réplica y la dúplica (Norma 85 (A)); al “primer interrogatorio”, a la “formulación de repreguntas” y al “reexamen” de los testigos (Norma 85 (B)). No obstante, una mirada más de cerca revela que la Sala de Audiencias puede modificar el curso de los acontecimientos “en interés de la justicia” (Norma 85 (A))¹¹⁰ y ordenar pruebas adicionales *motu proprio* (Normas 85 (A) (v) en relación con la 98). Por otra parte, la Norma 84 *bis* permite que el acusado emita su alegato de apertura después de las declaraciones de las partes “bajo el control de la Sala de Audiencias”. De esta manera, por lo menos conceptualmente, el acusado se convierte de un simple objeto

108. SAFFERLING, *supra* n. 99.

109. DIXON, *supra* n. 24, p. 98; MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 249; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.464, 1.465, 1.472.

110. Para el significado de la cláusula “interés de la justicia” en la Norma 115 (B), véase *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra* n. 63, pars. 52-54, 61-69.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

del proceso, como se conoce del procedimiento adversarial, en una parte activa, como se conoce del procedimiento del Derecho de tradición Civil.¹¹¹ Asimismo puede también aparecer como testigo en su propia defensa (Norma 85 (C))¹¹² y de esa manera obtener la condición de que gozaría en el “Common Law”.¹¹³ La diferencia entre estas normas estriba en el hecho que el alegato de apertura no poseen el mismo valor probatorio que el interrogatorio al acusado como testigo, ya que sólo en tal caso se toma la declaración bajo juramento y se prueba mediante la formulación de repreguntas. En todo caso, los elementos del Derecho de tradición Civil se han “introducido sigilosamente” con el tiempo¹¹⁴ y en 1998 una de las Cámaras del TPIY incluso sostuvo que, una vez que el testigo hubiese hecho la declaración solemne, es decir, que prestara juramento, se convierte en un “testigo de la verdad” y deja de ser “un testigo de cualquiera de las partes”.¹¹⁵ Lo anterior implica evidentemente que ya no existe un proceso puramente adversarial. En *Blaskic* la Sala de Audiencias citó una y otra vez a los testigos bajo la Norma 98 y especificó que primero testificarían libremente y sólo después serían interroga-

111. Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1.468. Lo mismo puede decirse de la posición de la víctima ante la CPI: si bien no es parte del juicio en sentido formal (como una *partie civile* o *Nebenkläger*), puede estar activamente implicada en el proceso (ver Art. 68 (3), 82 (4), Normas 89 y ss.; *Cf.* asimismo GUARIGLIA, *supra* n. 28, pp. 1.127-1.128: “Tribunal orientado hacia la víctima”; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.478, 1.487, 1.491; en términos generales JORDA y DE HEMPTINNE, *The status and role of the victim*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, 1.387-1.420, p. 1.399: “asunto potencial”).

112. Ver MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 742; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.307-1.308.

113. *Cf.* KREß, *supra* n. 14, pp. 321-322; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.308; ORIE, *supra* n. 14, p. 1.468. Sobre la posición en general del acusado en ambos sistemas, véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.448-1.449.

114. *Cf.* BASSIOUNI y MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 1996, p. 955 (“incorporan de un modo selectivo los conceptos del Derecho de tradición Civil en una estructura en el que predomina el “Common Law”); de igual modo, TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.295-1.296; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.464, 1.492.

115. *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra* n. 45, consideración 3 (iii): “...un testigo, sea de la Fiscalía o de la defensa, una vez que ha prestado la declaración solemne según la Norma 90 (B) de las Normas de Procedimiento y de Prueba, es un testigo de la verdad ante el Tribunal y, en la medida en que se le requiere para contribuir al establecimiento de la verdad, no es estrictamente un testigo para ninguna de las partes”; véase asimismo TOCHILOVSKY, *supra* n. 265, p. 631.

dos por las partes.¹¹⁶ En cuanto al principio del juicio justo, vale la pena mencionar que se ha sostenido que una formulación de repreguntas a un testigo por una de las partes violaría el principio de igualdad de armas contenido en la Norma 85 (A).¹¹⁷

En los procedimientos de la CPI, el papel de la Sala de Audiencias es aún más dominante. La Cámara es “responsable” de la conducción de los procedimientos (Art. 64 (6) (a) en relación con el Art. 61 (11) del Estatuto de la CPI); puede exigir la producción de pruebas (Art. 64 (6) (b), (d)) y “dirimir cualesquiera otras cuestiones pertinentes” (Art. 64 (6) (f)). El Juez Presidente dirige las actuaciones (Art. 64 (8)). Sólo si declina hacerlo es que la Fiscalía y la defensa pueden “convenir en el orden y la manera en que las pruebas serán sometidas a consideración” (Norma 140 (1) de la CPI). Este papel dominante de la Sala de Audiencias y del Juez Presidente ha dado lugar a amargas disputas entre abogados del Derecho de tradición Civil y los formados en el “Common Law”. Ello ha tenido lugar no sólo en Roma, sino también después en Nueva York, en la Preparatory Commission, cuando se negociaron las Normas. Los observadores hablaron de un “choque de culturas entre el Derecho de tradición Civil y el ‘Common Law’”,¹¹⁸ en el que el primero estaría a favor de un Juez fuerte dirigiendo el proceso, mientras que el último se inclinaría por un Juez neutral que deje la conducción de aquél esencialmente a las partes y, en particular, les permita formular libremente las repreguntas a los testigos.¹¹⁹ El acuerdo final puede encontrarse en la Norma 140 (2), según la cual un testigo puede ser interrogado por la Fiscalía y por la defensa sin la intervención de la Sala de Audiencias, que puede interrogarlo sólo antes o

116. JOHN R. W. D. JONES, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 2a ed., 2000, p. 431; véase asimismo KREß, *supra* n. 14, p. 351.

117. *Prosecutor vs Delalic et al.*, *supra* n. 27, pars. 28 y 29. Ver igualmente MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 739-740.

118. LEWIS, *supra* n. 208, pp. 547-550; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 24, p. 252; KREß, *supra* n. 14, p. 352.

119. Sobre la importancia de la formulación de repreguntas para el modelo adversarial, véase asimismo KREß, *supra* n. 14, p. 347; para una crítica desde el interior del “Common Law”, *id.*, pp. 349-350.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

después que las partes lo hayan hecho. Así, la posibilidad de formular repreguntas ha sido reconocida implícitamente y dependerá finalmente de los protagonistas del procedimiento si se utiliza esta posibilidad y bajo qué modalidad.¹²⁰ Es muy interesante observar que expresiones como “formulación de repreguntas” y otras propias del medio (“palabras pegadizas”), tanto en el “Common Law” como en el Derecho de tradición Civil, están notoriamente ausentes del Estatuto y de las Normas. Los redactores querían dejar en claro que lo que se buscaba era realmente un procedimiento mixto.¹²¹

4.2 Normas probatorias

a) Aspectos Generales

Las normas jurídicas que rigen la prueba otorgan más poder aun a las Salas de Audiencias, tanto del TPIY como de la CPI. En términos generales, depende de la Sala resolver respecto de la “admisibilidad”, “pertinencia” y “valor probatorio” de las pruebas (Norma 89 (C) del TPIY; Art. 64 (9), 69 (4) del Estatuto de la CPI y Norma 63 (2)).¹²² La Sala de Audiencias tiene una “amplia facultad discrecional” – para utilizar las palabras de la Cámara de Apelaciones en *Aleksovski* –,¹²³

120. Tal puede ser la razón de por qué LEWIS, *supra* n. 57, pp. 231-233, hable todavía en un tono adversarial del caso de la Fiscalía y la defensa, casi pasando por alto el papel dominante de la Sala de Audiencias. Véase también GUARIGLIA, *supra* n. 28, p. 1133, quien percibe dificultades prácticas en la aplicación de la Norma 140.

121. *Cfr.* KREß, *supra* n. 14, p. 352; ORIE, *supra* n. 14, p. 1480, n. 161, p. 1488, n. 175.

122. Para la historia de la negociación del Art. 69 del Estatuto de la CPI, véase BEHRENS, *supra* n. 102, pp. 242 y ss.

123. *Prosecutor vs. Aleksovski*, Decision on the Prosecutor’s Appeal on the Admisión of Evidence, 16 February 1999 (IT-95-14/1-AR73), par. 15; confirmada en *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on Appeal Regarding Statement of a Deceased Witness, 21 July 2000 (IT-95-14/2-AR73.5), par. 20. Véase también *Prosecutor vs. Aleksovski*, Judgement 24 March 2000 (IT-95-14/1-A), par. 63: “margen de deferencia respecto de la evaluación de las pruebas por la Sala de Audiencias...” La Cámara de Apelaciones puede echar por tierra los veredictos de la Sala de Audiencias únicamente cuando las pruebas “no hayan podido ser aceptadas por cualquier Tribunal justo o cuando la evaluación de las mismas sea totalmente errónea”.

cuando toma en consideración “una justa determinación del asunto ante ella”, “el espíritu del Estatuto y los principios generales del Derecho”, y “la necesidad de garantizar un proceso justo” (Norma 89 (D) del TPIY)).¹²⁴ Sin embargo, las pruebas obtenidas mediante la violación de los derechos humanos quedan descartadas *a limine* (ex Norma 95 del TPIY; Art. 69 (7) del Estatuto de la CPI).¹²⁵ La Sala puede, asimismo, solicitar la presentación de pruebas adicionales que considere necesarias para la “averiguación” o “determinación de la verdad” (Norma 90 (G)(i) del TPIY, Art. 69 (3) del Estatuto de la CPI).¹²⁶ Si bien esto indica la influencia del Derecho de tradición Civil, existe un concepto erróneo entre los abogados formados en esta rama del Derecho al considerar que el procedimiento adversarial no persigue la verdad. En realidad, la búsqueda de la verdad es una característica que comparten ambos sistemas,¹²⁷ los que sólo difieren en el método para llegar a ella. Uno puede sostener que el “Common Law” sigue un concepto más liberal de la verdad, una especie de verdad procesal más que una verdad material.¹²⁸ En todo caso, la búsqueda de la verdad no es incompatible con un sistema de “Common Law”, en la medida en que consista solamente en un *derecho a*

124. La referencia a la imparcialidad también puede encontrarse en la Norma 5 (C) del TPIY.

125. La Norma 95 del TPIY es *lex specialis* respecto de la Norma 89 (D) y puede considerarse la única Norma de exclusión *strictusensu* (Cfr. ORIE, *supra* n. 14, p. 1.472; VISEURSELLERS, *Rule 89 (C) and (D): At odds or overlapping with Rule 96 and Rule 95?*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 276-288; véase también *infra*, n. 144 y texto). SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 294-295, 302, 313-314, arguye en favor de una exclusión general de las pruebas obtenidas mediante la violación de los derechos humanos y una “Norma de exclusión” para la CPI; de igual modo se expresa BEHRENS, *Investigation, trial and appeal in the ICC Statute*, en *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm 6, 1998, 429, pp. 435-436; PIRAGOFF, en TRIFFTERER (ed.), *ICC Commentary*, 1999, Art. 69, mns. 76-80.

126. Cfr. TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.273. Crit. respecto a los derechos del acusado DEFRANCIA, *supra* n. 75, p. 1430.

127. SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 18-19; BEHRENS y PIRAGOFF, en TRIFFTERER, *supra* n. 125, Art. 69, mn. 5.

128. Sobre este concepto, véase VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Constanza, 1980, pp. 15-18; sobre la distinción entre la verdad material y la procesal, véase la obra reciente de GUSY, *Verfassungsfragen des Strafprozessrechts, Strafuverteidiger*, 2002, 153, p. 155.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

(Art. 69 (3) del Estatuto de la CPI: “have the authority” (“tienen la facultad”) y no, como originalmente propuso Alemania,¹²⁹ en un deber.

La Sala de Audiencias controla la manera y el orden en que se debe *interrogar a los testigos* (Norma 90 (F) del TPIY; Art. 69 (2) del Estatuto de la CPI). No debe, sin embargo, como hemos visto con anterioridad, interrumpir el interrogatorio del testigo por las partes, sino que sólo puede interrogarlos antes o después de que las partes lo hayan hecho (Norma 140 (2) (c) de la CPI). En tanto que la última norma contiene solamente una referencia implícita a la posibilidad de formulación de repreguntas (ver asimismo Normas 67 (1) y 68 de la CPI), esta posibilidad se menciona explícitamente en la Norma 90 (H) del TPIY. La formulación de repreguntas se limita, no obstante, “al objeto de las pruebas principales y las cuestiones que influyan en la credibilidad del testigo y... en el asunto del caso”. De esta manera, el TPIY sigue el precedente de Tokio y las US Federal Rules.¹³⁰ Además, la Sala de Audiencias del TPIY puede “tomar notificación judicial de hechos adjudicados y pruebas documentales de otros procedimientos del Tribunal en relación con los asuntos en cuestión en los procedimientos actuales” (Norma 94 (B)).¹³¹ En otros términos, tales hechos no necesitan ser probados dos veces. En tanto que esto puede ser tolerado a la luz de la similitud de los procedimientos que surgen de un contexto político o militar específico – y lo mismo es aplicable a las pruebas respecto de una pauta consistente de conducta (Norma 93) –, es sumamente problemático que las normas pongan las pruebas orales y escritas de los testigos en pie de igualdad. Regresaremos a este punto posteriormente. Por último, existen

129. Véase BEHRENS, *supra* n. 102, p. 244; KREß, *supra* n. 14, pp. 351-352.

130. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 739. Sobre el origen del “Common Law” de la Norma 90 (H), véase *Prosecutor vs. Brdanin and Talić*, Decision on “Motion to Declare Rule 90 (H) (ii) Void to the Extent it is in Violation of Art. 21 of the Statute of the International Tribunal” by the Accused R. Brdanin and on “Rule 90 (H) (ii) submissions” by the Accused M. Talić, 22 March 2002 (IT-99-36-T), par. 12; resumido en el *Judicial Supplement* núm. 31bis, p. 9.

131. Recomendado por el Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 85 con la recomendación 11. Para un análisis más detallado, véase O’SULLIVAN, *Judicial notice*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 329-339.

normas específicas en relación con las pruebas en casos de violencia sexual (Norma 96); en particular, no es necesaria una corroboración del testimonio de la víctima (96 (i), ver también Normas 70-72 de la CPI).¹³² En general, estas disposiciones tienden hacia un enfoque *flexible* del Derecho de tradición Civil (en el sentido de un “principio de flexibilidad”),¹³³ con una amplia *facultad discrecional* del Tribunal, en vez del enfoque más bien estricto del “Common Law” de un sistema de normas de exclusión.¹³⁴ En particular, la Norma 89 (B) del TPIY se ha interpretado en el sentido de invitar al enfoque del “sentido común” y al enfoque “equitativo”,¹³⁵ al permitir la “oportunidad única de crear un régimen viable y sólo procesal y probatorio que favorecerá los intereses de la justicia internacional”.¹³⁶

b) Admisibilidad de diferentes formas de pruebas

Una consecuencia importante del “principio de flexibilidad” es que la *hearsay evidence*, es decir, “las pruebas aportadas por cualquier testigo de lo que dijo otra persona (ya verbalmente, por escrito o de otra manera”,¹³⁷ en general, se admiten.¹³⁸ Ésta ha sido la práctica establecida en las Salas de Audiencias del TPIY

132. Para más detalles, PIRAGOFF, *Procedural justice related to crimes of sexual violence*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, 385-421 (pp. 389 y ss); VISEURSELLERS, *supra* n. 125, pp. 279 y ss (sobre la Norma 96 del TPIY). El requisito de corroboración no se extiende a otros crímenes, ver TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.298.

133. BOAS, *supra* n. 28, p. 264.

134. Véase PIRAGOFF, *Evidence*, en LEE, *supra* n. 24, 349-401, pp. 351-354; ver también MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 745: “enfoque liberal, sin ataduras del ‘Common Law’”; ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 576 y ss. (p. 579: “enfoque liberal, relajado”; DEFRANCIA, *supra* n. 103, pp. 295 y ss.; desde una perspectiva comparada, ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.452-1.453.

135. Cfr. DIXON, *supra* n. 24, p. 100.

136. D. NTANDA NSEREKO, *Rules of Procedure and Evidence of the ICTY*, en CLF, núm. 5, 1994, pp. 507, 554.

137. P. MURPHY, *A practical Approach to Evidence*, 6.1., 4a ed. 1992. Sobre la (imprecisa) terminología, véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 292; BOAS, *supra* n. 28, p. 270; RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, p. 291.

138. Cfr. DIXON, *supra* n. 24, pp. 91-92; HARHOFF, *supra* n. 24, p. 654; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.297-1.298; RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, pp. 297 y ss.; GUARIGLIA, *The admission of documentary evidence and of alternative means to witness testimony...*, en FISCHER,

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

desde la resolución respecto del testimonio *hearsay* en *Tadic*¹³⁹ y fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en 1999.¹⁴⁰ Ello parece particularmente importante a la luz del hecho de que en el “Common Law” las pruebas basadas en este tipo de testimonios se permiten solo excepcionalmente.¹⁴¹ Con todo, no debe pasarse por alto que la aceptación de este y otro tipo de pruebas no es ilimitada, sino que depende de su pertinencia y “valor probatorio” (Norma 89 (C) del TPIY).¹⁴² Esto último depende, a su vez, de la confiabilidad de las pruebas, que está determinada sobre todo por la formulación de las repreguntas. En el caso de la *hearsay evidence*, el valor probatorio o peso es menor, en general, que el de las pruebas directas.¹⁴³

Por último, aunque no menos importante, las pruebas de cualquier tipo, como se indicó antes, deben dejarse de lado “si su valor probatorio se ve excedido considerablemente por la necesidad de garantizar un proceso justo” (Norma 89 (D) del TPIY) o si se obtienen mediante métodos que arrojan “serias dudas acerca de su confiabilidad” (Norma 95 del TPIY, Art. 69 (7) (a) del Estatuto de la

KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 665-680, pp. 666-671; MAY y WIERDA, *supra* n. 28, p. 270; ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 577-578; para una visión más crítica, WLADIMIROFF, *supra* n. 24, pp. 8-9. Del mismo modo, la *hearsay* no queda descartada por el concepto teórico del testimonio; ver al respecto KREß, *supra* n. 14, p. 317.

139. *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 7, 13 y ss. (voto disidente del Juez Stephen); *Prosecutor vs. Blaskic*, Decision on the Defence Motion to Compel the Disclosure of Rule 66 and 68 Material to Statements Made by a Person Known as “X”, 15 July 1998 (IT-95-14-T), pars. 10-12.

140. *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, par. 15.

141. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 8 y ss.; y la opinión disidente del Juez Stephen. Véase asimismo MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 745, donde se hace referencia a la opinión disidente del Juez Pal en los Juicios de Tokio y Nuremberg; igualmente SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 292, 306; BOAS, *supra* n. 28, p. 269. En cuanto al punto de vista del Derecho de tradición Civil, véase la resolución del Tribunal Constitucional Alemán en *Strafverteidiger*, 1997, I, pp. 2-3. RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, pp. 292 y ss, identifican una fusión de ambos sistemas basándose en un análisis comparado.

142. Sobre la importancia de la relevancia, confróntese particularmente MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 252. Sobre la importancia del peso (o valor probatorio) de las pruebas, véase BOAS, *supra* n. 28, pp. 1.271 y ss.

143. *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, par. 15: “el peso o valor probatorio que se brinda a esa prueba ... sea en general menor que aquel dado al testimonio de un testigo...”. Véase también BOAS, *supra* n. 28, p. 271.

CPI). En cuanto a la integridad de los procedimientos como un todo, la Norma 95 del TPIY debe leerse en conjunción con la Norma 42, que tiene que ver con los derechos del sospechoso durante la investigación. Una de las Salas la ha caracterizado como una “estipulación residual de exclusión”¹⁴⁴ y complementa la Norma general exclusoria 89 (D) al requerir una “confiabilidad de fuentes” específica.¹⁴⁵ En vista de que el valor probatorio y su efecto de proceso justo en el sentido de la Norma 89 (D) puede a menudo sólo ser evaluado después del examen de las pruebas, también es posible admitir primero ciertas pruebas y desecharlas posteriormente.¹⁴⁶

En la resolución sobre el *hearsay Tadic*, una de las Salas de Audiencias reconoció que la confiabilidad es “un componente de la admisibilidad” y desarrolló ciertos “indicios de confiabilidad”.¹⁴⁷ En *Kordic and Cerkez* una de las Salas de Audiencias rechazó la admisión de declaraciones de testigos en testimonios de la Fiscalía, ya que esto “equivaldría a la aceptación absoluta de las pruebas *hearsay* sin verificarlas con la formulación de repreguntas... y carecería de valor probatorio”.¹⁴⁸ Dicho en términos positivos, la formulación de repreguntas es el remedio más eficiente contra las pruebas indignas de confianza.¹⁴⁹ De igual modo, la Sala de Apelaciones dejó fuera la declaración de un testigo fallecido porque no era digna de confianza: “Una prueba puede ser tan precaria, en términos de indicios de con-

144. *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on Zdravko Mucic’s Motion for the Exclusion of Evidence, 2 September 1997 (IT-96-21-T), par. 44, reimpresso en KLIP y SLUITER, *supra* n. 27, pp. 227 (236). Véase ya *supra* n. 125.

145. Ver el profundo análisis de VISEUR SELLERS, *supra* n. 125, pp. 289-290.

146. *Prosecutor vs. Tadic*, Transcript of the Hearing of 20 May 1996 (IT-94-1-T), pp. 836 y ss, p. 928; crit. DIXON, *supra* n. 24, pp. 94-95.

147. *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 15 y 16: “si la declaración es voluntaria, veraz y fidedigna...”.

148. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on the Prosecution Application to Admit the Tulica report and Dossier into Evidence, 29 July 1999 (IT-95-14/2), par. 23.

149. *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on Objection to Rule 92bis Procedure and Motion to Quash and Exclude all Rule 92bis Statements’ Filed by Radoslav Brdjanin on 13 December 2001 (IT-99-36), 18 January 2002, par. 8: si Brdjanin está preocupado de que el contenido de la declaración esté influido por el investigador que la anotó, su remedio es hacer que el testigo en cuestión sea llamado para la formulación de repreguntas.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

fiabilidad, que no es ‘probatoria’ ni, por consiguiente, admisible”.¹⁵⁰ La Sala fundamentó el examen de la no confiabilidad, *inter alia*, en la ausencia de formulación de repreguntas al testigo y en la deficiente calidad de las pruebas basadas en la *hearsay* que no eran “de primera mano”, “sino dudosas”¹⁵¹ y, además, diluidas por diversas traducciones.¹⁵² Aun cuando la Sala no deseaba que su resolución fuese entendida como “desconcertante” para el principio general de aceptación de pruebas *hearsay*,¹⁵³ limitó considerablemente el empleo de las pruebas de este último tipo, y la decisión fue incluso interpretada en el sentido de invocar las clásicas excepciones del “Common Law” a la norma de la *hearsay*.¹⁵⁴ Finalmente, la Cámara de Apelaciones *Kupreskic* pidió una “precaución extrema al valorar la identificación del acusado por un testigo hecha bajo circunstancias difíciles”.¹⁵⁵

En cuanto a las *pruebas documentales*, una de las Salas de Apelaciones resolvió acerca de la “admisibilidad” de ciertos documentos sobre la base de su valor probatorio y su confiabilidad.¹⁵⁶

Mientras que, por ejemplo, los informes militares y un diario de guerra tienen su “propia autenticidad” y “hablan por sí mismos” y, en consecuencia, son nor-

150. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 24. Véase también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 635.

151. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 23 (en referencia a la resolución *Aleksovski*, *supra* n. 123).

152. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 27: “...Múltiples traducciones en un ambiente informal crean un potencial mucho mayor de imprecisión que cuando tanto el declarante como el testigo hablan el mismo idioma o cuando la declaración original se rinde en el Tribunal con una traducción simultánea doblemente corroborada”.

153. *Ibid.*, par. 23 con n. 21.

154. GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 670.

155. *Prosecution vs. Kupreskic et al.*, *supra* n. 63, par. 39.

156. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on Prosecutor’s submissions concerning ‘Zagreb Exhibits’ and Presidential Transcripts, 1 December 2000 (IT-95-14/1), par. 40. Véase en general MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 257 y ss.; BOAS, *supra* n. 28, pp. 271 y ss.

malmente admisibles,¹⁵⁷ documentos tales como los informes de inteligencia basados “en fuentes anónimas o declaraciones *hearsay*... imposibles de verificarse actualmente mediante la formulación de repreguntas” son inadmisibles, en virtud de que su valor probatorio está reducido a tal punto que se ven “considerablemente rebasados por la necesidad de garantizar un proceso justo” en el sentido de la Norma 89 (D).¹⁵⁸

A mayor abundamiento, la Sala de Audiencias concluyó que la posibilidad de formulación de repreguntas por parte de la defensa, esto es, en este caso hacerlo con cualquier testigo en relación con los documentos, era un requisito fundamental para garantizar un proceso justo.¹⁵⁹ Esto no significa, sin embargo, que sólo puedan presentarse documentos por medio de un testigo con objeto de autentificarlos, tal como lo exigiría el “Common Law”,¹⁶⁰ sino que confirma el derecho humano general del acusado a “examinar o haber examinado a los testigos en su contra”, tal como lo reconocen los Artículos 14 (3) (e) del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, el 6 (3) (d) Corte Europea de Derechos Humanos y como lo ha adoptado el Artículo 21 (4) (e) del Estatuto del ICTY.¹⁶¹

Los criterios de un proceso justo rigen igualmente la postura del TPIY en lo tocante a la aceptación de *transcripciones* y “declaraciones juradas”.¹⁶² Mientras que la Norma 94 relativa a este problema¹⁶³ fue suprimida durante la enmienda a

157. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 156, pars. 43-44.

158. *Ibid.*, pars. 43-44.

159. *Ibid.* pars. 40-41.

160. *Cfr.* MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 257; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.308.

161. Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 23. Véase asimismo *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on Motion on Prosecution for Admissibility of Evidence, 19 January 1998 (IT-96-21-T), par. 22. Véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 283 y ss.; TERRIER, *supra*, n. 24, pp. 1.300, 1.303; también *infra*, n. 206 y texto.

162. Para un análisis detallado, véase GUARIGLIA, *supra* n. 138, pp. 674-676; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.309; MAY y WIERDA abordan la cuestión desde una perspectiva histórica, *supra* n. 5, pp. 749 y ss.

163. Para un análisis de esta Norma, véase DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1.496 y ss.; ORIE, *supra*, n. 14, p. 1.472.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

las normas llevada a cabo en diciembre de 2000 (véase más abajo), la aceptación de las *transcripciones* de otros procedimientos continúa siendo de importancia. Lo mismo puede decirse en lo concerniente a la utilización de pruebas de *deposición* según la Norma 71, en sentido que puede tener un efecto semejante, en la medida en que reemplaza la audiencia inmediata del testimonio durante el proceso.¹⁶⁴

La Cámara de Apelaciones aceptó la transcripción de un testimonio del almirante Domazet en el caso *Blaskic* como una *hearsay* en los procedimientos siguientes contra *Aleksovski*, ya que la posibilidad de formular repreguntas al testigo ya existía en los procedimientos *Blaskic* y no había ninguna “línea en particular de formulación de repreguntas que hubiera sido no sólo importante sino también significativa para el proceso *Aleksovski* y que hubiera sido también tanto importante como significativa para el proceso *Blaskic*”.¹⁶⁵ Esta práctica ha sido seguida por la Sala de Audiencias *Kordic*, que aceptó varias transcripciones de testimonios de los procedimientos *Blaskic*, en virtud de que la defensa repreguntó a los testigos, quienes tenían un “interés en común” con la defensa en el caso *Kordic*.¹⁶⁶ Por otro lado, en *Delalic et al.* se adoptó la resolución de que la entrevista policial, practicada por la policía austriaca, a uno de los acusados no podría aceptarse como prueba, en vista de que las normas procesales austriacas de aquel entonces “contradecían de manera directa” el Artículo 18 del Estatuto del TPIY, así como también la Norma 42 en lo que respecta al derecho a contar con un abogado.¹⁶⁷ En virtud de la Norma 5, esta entrevista debe considerarse nula en los procedimientos ante el TPIY.¹⁶⁸ La resolución anterior refleja, en última instancia, la fuerza que tiene la posición del proceso justo ante este Tribunal Penal Internacional y puede vincularse directamente a la Norma 95, que ya se mencionó anteriormente.¹⁶⁹

164. Véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 259-260.

165. *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, pars. 14 y ss. (20).

166. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 144, pars. 46 y ss. (50).

167. *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra* n. 144, pars. 46 y ss (5).

168. *Ibid.*, par. 55.

169. *Cfr.* MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 762.

c) La creciente importancia de las pruebas escritas

Si bien toda las resoluciones descritas hasta ahora tuvieron como punto de partida el principio del *testimonio vivo*, tal como se asentó en la antigua Norma 90 (A),¹⁷⁰ esta última fue suprimida con la decimonovena modificación a las Normas en diciembre de 2000. Como consecuencia, la norma sobre el testimonio por video-enlace se ha hecho menos rigurosa¹⁷¹ y, lo que es más importante aún, se ha implantado la Norma 89 (F), lo cual faculta a la Sala de Audiencias “a recibir las pruebas de un testigo oralmente o, cuando los intereses de la justicia lo permiten, de forma escrita”. La Norma anterior se halla complementada por la Norma 92 *bis* (A). Según esta última, una “declaración escrita” puede aceptarse “en lugar del testimonio oral” si “sirve como prueba de una cuestión *diferente a los actos y la conducta del acusado*”.¹⁷² La Norma proporciona, además, una lista no excluyente de factores que propician la aceptación de pruebas escritas y establece un conjunto sistemático de normas sobre tal admisibilidad de pruebas escritas que siguen fundamentalmente los precedentes del TPIY citados con anterioridad (ver, por ejemplo, la Norma 92 *bis* (D) referente a las transcripciones). No obstante, tales modificaciones han recibido severas críticas, especialmente por parte de los abogados del “Common Law”. Así, la ex Jueza del TPIY Patricia M. Waid las calificó como “un giro de 180 grados respecto al énfasis que se daba anteriormente al ‘principio’ del testimonio

170. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses and on the Living Evidence by Video-Link, 25 June 1996 (IT-94-1-T), par. 19: “No puede recalarse suficientemente el hecho de que la regla general es que un testigo debe estar físicamente presente en la sede del Tribunal Internacional...”; reimpresso en KLIP y SLUITER (eds.), *supra* n. 27, p. 217 (221) con un comentario de KLIP.

171. Mientras que la antigua Norma 90 (A) permitía el testimonio por video-enlace sólo “en circunstancias excepcionales”, la Norma 71 *bis* hace que su uso dependa *exclusivamente* de una petición de las partes y de “los intereses de la justicia”. De este modo, los estrechos criterios establecidos por *Tadic* (*supra* n. 170) para utilizar tales pruebas y el menor peso adjudicado a las mismas ya no pueden considerarse válidos (véase para estos criterios *infra*, n. 204 y texto; asimismo MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 255-256).

172. Cursivas del autor.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

vivo”.¹⁷³ Por otra parte, esta misma Jueza consideró que incluso antes de estas modificaciones “las Normas del TPIY representaban una desviación del punto de partida desde las normas relativas a las pruebas del “Common Law”,¹⁷⁴ y describe lo que ocurrió en diciembre de 2000 como “el predominio emergente del testimonio escrito”.¹⁷⁵

Pese a que no puede negarse que la supresión del principio del testimonio vivo (Norma 90 (A)) y la aceptación del testimonio escrito en interés de la justicia (Norma 89 (F)) implican un cambio normativo relevante, la situación es mucho menos dramática de cómo lo presentan los colegas formados en el “Common Law”. Es verdad, por ejemplo, que la línea divisoria entre las pruebas relativas a los asuntos generales y los actos y conducta del acusado puede hacerse borrosa en casos específicos,¹⁷⁶ en particular en lo referente a la responsabilidad del superior.¹⁷⁷ Con todo, también se deduce claramente del texto de la Norma 92 *bis* (A) que una declaración escrita no puede aceptarse para probar la responsabilidad individual del acusado tocante a los cargos específicos en la acusación “prueba de una cuestión *diferente de los actos y la conducta del acusado...*”. En resumen, el testimonio vivo continúa siendo indispensable para probar la culpabilidad individual del acusado.¹⁷⁸ Tal punto de vista se ha confirmado en una resolución reciente de la Sala de Audiencias en el caso *Naletilic & Martinovic*,¹⁷⁹ en la cual la Sala sostuvo,

173. PATRICIAM. WAID: To “establish incredible events by credible evidence”: The use of affidavit testimony in Yugoslavia War Crimes Tribunal Proceedings, en *Harvard International Law Journal*, núm. 42, 2001, 535, p. 548.

174. *Ibid.*, p. 545.

175. *Ibid.*, p. 545. Coincide DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1.424 y ss., quien pide una “defensa mayor” en favor del modelo adversarial (p. 1.425).

176. WAID, *supra* n. 550.

177. Véase *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on ‘Objection and/or Consent to Rule 92 bis Admission of Witness Statements Number One’ Filed by Brdjanin on 16 January 2002’.

178. *Cfr.* GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 678.

179. *Prosecutor vs. Naletilic & Martinovic*, Decision on the Prosecutor’s Request for Public Version of Trial Chamber’s ‘Decision on the Motion to Admit Statement of Deceased Witness (...)’ of 22 January 2002, 27 February 2002 (IT-99-34-T).

además, que el requisito del encabezado de la Norma 92 bis (A) debe extenderse mediante la interpretación teleológica de la Norma 91 bis (C) que toma en consideración el testimonio escrito, como se reconoce en el Derecho Comparado,¹⁸⁰ en caso de muerte u otra incapacidad del testigo para asistir al proceso.¹⁸¹ Como consecuencia de lo anterior, el testimonio escrito sólo puede aceptarse en estas circunstancias, si no se refiere a los actos y la conducta del acusado. Esto se aplica generalmente a todas las formas de testimonio escrito según la Norma 92 bis (de hecho, el párrafo (D) de esta Norma contiene la misma fórmula. Además, los precedentes del TPIY, que se basan en el Artículo 21 (4) (e) del Estatuto y en la Norma 89 (B)-(D), han desarrollado, como hemos visto en líneas previas, estrictos criterios que buscan garantizar un proceso justo para el acusado, especialmente para el examen de la confiabilidad de las pruebas.¹⁸² Los criterios indicados limitan igualmente el uso del testimonio escrito. La Norma 91 bis no los sustituye ni tampoco los modifica.¹⁸³ En el juicio *Milosevic* se restringió, en términos cuantitativos, la aceptación de las declaraciones escritas de 23 testigos presentados por la Fiscalía y se solicitó que asistieran al Tribunal aquellos que habían sido aceptados para formularles repreguntas. En caso de que un testigo no concurra, no se aceptará su declaración por escrito.¹⁸⁴ A pesar de que la Sala consideraba que las declaraciones debían recaer sobre el encabezado de la Norma 9 bis (A), en sentido que debían referirse a la comprobación de asuntos diferentes de los actos del acusado,¹⁸⁵ “se relacionan con un elemento crítico de la causa de la

180. Ver el Art. 195 del Código Italiano de Procedimiento Penal, sección 23 de la UK Criminal Justice Act 1988 y § 251 de la Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal, N.d. Tr.) alemana.

181. *Prosecutor vs Naletilic & Martinovic*, *supra* n. 181, consideración 8.

182. Véase asimismo *id.*, consideraciones 11 y 14.

183. *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, Decisión on Prosecution's Application to Admit Transcripts under Rule 92bis, 23 May 2001 (IT-95-08-T), par. 3.

184. *Prosecutor vs Milosevic*, Decisión on Prosecution's Request to Have Written Statements Admitted under Rule 92bis, 21 March 2002 (IT-01-47-T), par. 27.

185. *Ibid.*, par. 22: “Actos y conducta del acusado” se define como los “..hechos y conducta del acusado”, sin que importen los actos de otros partícipes.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

persecución penal”,¹⁸⁶ y por consiguiente “los requisitos de un proceso justo exigen que se le dé al acusado el derecho” a formularle repreguntas.¹⁸⁷ En todo caso, si llegan a aceptarse las pruebas escritas, éstas carecerán del “mismo valor probatorio *per se*” que posee el testimonio vivo.¹⁸⁸ Si hay una contradicción entre las declaraciones escritas y orales de un testigo, las partes pueden pedirle a éste “que explique la discrepancia, inconsistencia o contradicciones” al Tribunal, el cual determinará posteriormente su valor probatorio¹⁸⁹

Hay que recordar que, en un nivel político más general, las enmiendas de diciembre de 2000 fueron una reacción a la crítica general de la duración de los juicios ante el Tribunal.¹⁹⁰ Esta duración – que va de 10 a 224 días (en el caso *Milosevic* la estimación de la Fiscalía para un proceso acumulado de las tres acusaciones fue de aproximadamente tres años) –¹⁹¹ se debe en gran medida a la gran cantidad de testigos vivos, entre 100 y 200 (en *Milosevic*, entre 380 y 600 aproximadamente) y a que el testimonio de cada uno de ellos toma en promedio un día de proceso.¹⁹² La dependencia de los testimonios distingue los procesos actuales de los de Nuremberg y Tokio, donde la causa de la Fiscalía se construyó

186. *Ibid.*, par. 24.

187. *Ibid.*, par. 25.

188. *Prosecutor vs. Naletilic & Martinovic*, Decisión on the Admission of Witness Statements into Evidence, 14 November 2001 (IT-98-34-T), consideración 3. Las “declaraciones testimoniales mediante entrevista”, establecidas sin control judicial, no se aceptaron como pruebas.

189. *Prosecutor vs. Kayibema and Ruzindana*, Order on the Probative Value of Alleged Contradiction between the Real and Written Statement of a Witness during Examination, 17 April 1997 (ICTR-95-1-T).

190. Véase también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 632; GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 677; McDONALD, *supra* n. 24, p. 615, donde señala que el objetivo principal de las modificaciones de diciembre de 1998 fue hacer más expeditos los procesos y mejorar la gestión de los casos. De manera similar se expresan MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 259, 261, quienes además defienden las pruebas escritas con el fin de acelerar los procedimientos; ver asimismo RODRIGUES y TOUE, *supra* n. 103, p. 302.

191. *Prosecutor vs. Milosevic*, Decisión on Prosecution's Motion for Joinder, 13 December 2001 IT-99-37-PT/IT-01-50-PT/IT-01-51-PT, par. 47.

192. Para otros casos, véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 250.

sobre pruebas documentales.¹⁹³ Si bien esto puede cambiar en los procesos contra líderes militares y políticos que no llevaron a cabo, personalmente, (“con sus propias manos”) ningún acto de violencia, sino que su participación fue tras bambalinas y que, por tanto, sólo pueden ser condenados por medio de pruebas documentales y circunstanciales,¹⁹⁴ los testimonios continuarán siendo cruciales por la sencilla razón de que los dictadores actuales no necesariamente llevan un registro detallado de sus atrocidades, en razón de las acciones penales que habrán de emprenderse en su contra. De este modo, el Reporte del Grupo de Expertos de 1999 recomendó que se utilizara otro tipo de pruebas, en particular el “testimonio preparado” escriturado.¹⁹⁵ Tal flexibilidad se justifica igualmente por la naturaleza de los crímenes a perseguir ante los Tribunales Penales Internacionales. Éstos normalmente no son delitos nacionales comunes, sino delitos internacionales, que tienen lugar en cierto contexto histórico y político.¹⁹⁶ Es preciso entender e investigar primero este contexto, a fin de imputar, de manera apropiada, la responsabilidad individual a los diversos sospechosos implicados en actividades criminales. Para probar este contexto, debe darse cabida a métodos diferentes y más flexibles, como se expresa, por ejemplo, en la Norma 93 del TPIY, que se refiere, a las pruebas de una pauta consistente de conducta y en la Norma 94, la que se ocupa de la *constancia judicial*.¹⁹⁷ Por último, los temores de los abogados del “Common Law” respecto

193. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 743-744; *id.*, *supra* n. 103, p. 257; ORIE, *supra* n. 14, p. 1.460, RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, p. 296.

194. Sobre la importancia de las pruebas documentales, véase TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.308; sobre las pruebas circunstanciales (o indirectas), véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 256.

195. Report Expert Group, *supra* n. 29, par. 85 y ss, 88 con la recomendación 12: “testimonio escrito que se presenta por anticipado en forma de preguntas y respuestas, dándose la oportunidad a la otra parte de impugnar posteriormente las preguntas y haciendo que el testigo esté disponible posteriormente para repreguntas”, “preparación de un expediente ... que contenga declaraciones de testigos ... para permitir a la Sala de Audiencias elegir testigos apropiados que rindan un testimonio oral y para aceptar ciertas declaraciones de testigos como pruebas documentales...”.

196. Cfr. al respecto McDONALD, *supra* n. 24, p. 621; de igual modo, MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 240-250.

197. Cfr. DIXON, *supra* n. 24, pp. 87 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.293-1.294.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

de la tendencia “inquisitiva” de un procedimiento conducido por un Juez pueden contestarse argumentando que tales miedos están mucho más justificados en un proceso ante partícipes legos, como son los integrantes del jurado. A nivel internacional se espera contar con un estrado de Jueces profesionales con la suficiente experiencia para calibrar las pruebas, tomando en cuenta las consideraciones necesarias de justicia y, en particular, los derechos del acusado.¹⁹⁸

El Reporte del Grupo de Expertos afirmó, por otro lado, que los Jueces “expresaron el convencimiento que el carácter prolongado de las actuaciones ante el Tribunal podría atribuirse ... a un control insuficiente ... sobre los procedimientos por parte de los Jueces”.¹⁹⁹ En otros términos, la duración de los juicios se toma como argumento para un procedimiento de carácter más “inquisitivo” que se apoye más en la dirección judicial que en el libre juego entre las partes. No obstante, las exigencias de que los procesos sean más expeditos, se toparán, con toda seguridad, con los oídos sordos de los abogados del “Common Law”, ya que, al mismo tiempo, el método clásico de este tipo de Derecho para llegar a semejante resultado, es decir la aceptación de la culpabilidad por parte del acusado, se ha restringido a tal punto que ya no puede ejercer esta función como, en cambio, sí la ejerce en un proceso adversarial. Sea como fuere, el debate acerca de la duración de los juicios internacionales no tiene que ver tan sólo con la eficacia, sino también con los derechos humanos, ya que el derecho a un proceso ágil está reconocido en todos los instrumentos importantes de derechos humanos.²⁰⁰ Ciertamente un proceso rápido interesa al acusado con tal que no obstaculice su derecho a una defensa apropiada.

Volviendo a la Corte Penal Internacional (CPI), el principio es que el testimonio sea vivo, “en persona”.²⁰¹ La Corte puede no obstante permitir el

198. Véase también SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 285-286, 308, 371, 375. Para un análisis general de los derechos de los acusados, consúltese ZAPPALÁ, *supra* n. 46, pp. 1.319 y ss.

199. Report Expert Group, *supra* n. 29, par. 77.

200. Cfr. SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 250 y ss.

201. Véase el ya citado *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 170.

testimonio oral o grabado mediante tecnologías de video o audio y la presentación de documentos o transcripciones escritas (Art 69 (2), Normas 67, 68). Las partes pueden (¡de una forma adversarial!) estar de acuerdo sobre ciertos hechos, pero (¡y en ello ha influido el Derecho de tradición Civil!) semejante acuerdo no es obligatorio para la Sala, pues ésta puede, no obstante, considerar que el hecho no está aún demostrado y requerir oír más pruebas (Norma 69).²⁰² Existen también normas específicas en relación con las pruebas en los casos de violencia sexual (Normas 70-72).²⁰³ El uso de tecnologías de audio o video, que se utilizan mucho en los Tribunales *Ad Hoc*, implica la aceptación de pruebas grabadas previamente y conlleva, de este modo, una desviación del principio de inmediación. Es por ello que el TPIY ha desarrollado criterios estrictos para el uso de tales tecnologías. El testimonio debe ser considerablemente importante, el testigo debe estar renuente o incapacitado para asistir al Tribunal y debe reservarse el derecho del acusado al careo.²⁰⁴ La utilización de transcripciones escritas es ciertamente más peligrosa, en virtud de que no sólo influye en el principio de inmediación, sino también en el de oralidad. Por tal motivo, hay que recibir con agrado el hecho de que la CPI haya elegido un enfoque más restrictivo que el TPIY al exigir que las partes tengan la posibilidad de examinar al testigo en cierto momento del juicio (Norma 68).²⁰⁵ Este planteamiento toma en cuenta el Artículo 6 (3) (d) de la Corte Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, según la cual un derecho efectivo de defensa exige que el acusado tenga, al menos en cierto momento durante el juicio, la posibilidad de interrogar al testigo.²⁰⁶

202. Véase asimismo ORIE, *supra* n. 14, p. 1.487.

203. Véase *supra* n. 132.

204. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 170, par. 19; para el tercer criterio, ver *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decisión on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to Give their Testimony by means of a Video-Link Conference, 28 May 1997 (IT-96-21-T), par. 15. Ver también VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 534-535; crit. McDONALD, *supra* n. 24, p. 569.

205. Véase también GUARIGLIA, pp. 1.130-1.131.

206. Cfr. *Van Mechelen et al. vs. Netherlands*, Judgement 23 April 1997, Reports 1997-III, par. 51; *Ludi vs. Switzerland*, Judgement 15 June 1992, Series A-238, par. 49; *P.S. vs. Germany*, Judgement 20

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

Por otro lado, según la Norma 121 (10) de la CPI, el *Registry* mantendrá "un registro completo y preciso de todos los procedimientos ante la Sala de Cuestiones Preliminares" (ver también la Norma 131 (1)), en sentido que las pruebas presentadas a la Sala de Cuestiones Preliminares en la audiencia de confirmación (normas de revelación!) deben, en esencia, quedar documentadas.²⁰⁷ Este registro será enviado a la Sala de Audiencias (Norma 130). Si bien las Normas dejan claramente abierta ("constructivamente ambigua") la cuestión de si la Sala inspeccionará o podrá inspeccionar el registro — la Norma 131 sólo se refiere al Fiscal, la defensa, los representantes estatales y las víctimas —,²⁰⁸ su simple existencia (pese a que puede no ser tan completa como un *dossier* francés)²⁰⁹ conlleva, desde la perspectiva del "Common Law", el riesgo de que la Sala de Audiencias confíe en él en vez de decidir sobre la base de las pruebas que recibe en el proceso actual.²¹⁰ La interpretación correcta depende evidentemente también de la función y el papel del Juez presidente durante el proceso. Si realmente quiere dirigirlo, tal como se lo permite el Artículo 64 (8) del Estatuto de la CPI, puede necesitar el conocimiento del registro para hacerlo eficazmente;²¹¹ si deja la conducción del proceso a las partes de una forma adversarial, no necesita este

December 2001, No. 33900/96, par. 21. Ver *supra* n. 161. Para un análisis, AMBOS, *Europarechtliche Vorgaben für das deutsche Strafverfahren*, en *NSfZ*, 2002, 628 y 2003, 14; versión en castellano publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004* (Fundación Konrad Adenauer) y también en este libro.

207. Para la práctica similar de los Tribunales *Ad Hoc*, ver, por ejemplo, *Prosecutor vs. Akayesu*, Decision by the Tribunal on its Request to the Prosecutor to Submit the Written Witness Statements, 28 January 1997 (ICTR-96-4-T): "...todas las declaraciones de ese tipo se aceptarán como pruebas y forman parte del registro".

208. Véase asimismo BITTI, *supra* n. 26, p. 278.

209. Cfr. ORIE, *supra* n. 14, p. 1.485; también sobre el expediente del TPIY pp. 1.470-1.471.

210. Para la "división entre el Derecho de tradición Civil y el "Common Law" respecto de este tema, ver BRADY, *supra* n. 56, pp. 424-426; *id.*, *supra* n. 56 (ajuste), pp. 269-271; asimismo LEWIS, *Trial procedure*, en LEE, *supra* n. 24, pp. 539-553, p. 540; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 634, con n. 26.

211. *Prosecutor vs. Dokmanovic*, Order of 28 November 1997, IT-95-13a-PT: "Examen de tales documentos por la Sala de Audiencias tiene principalmente el fin de fomentar una mayor comprensión de los problemas y una dirección más eficaz del proceso...".

conocimiento. En última instancia, como lo ha mostrado la práctica de los Tribunales *Ad Hoc*,²¹² los Jueces bien pueden tomar la opción que mejor conocen de sus sistemas nacionales.²¹³ El límite está claramente asentado en el Artículo 74 (2) del Estatuto de la CPI, según el cual la sentencia debe basarse “únicamente en pruebas sometidas a consideración y analizadas...en el proceso”. En tal sentido, el registro puede, tan sólo, puede desempeñar una función de respaldo, la que podrá, no obstante, ser siempre necesaria dadas las complejidades jurídicas y fácticas implicadas en los procesos de los crímenes de guerra.²¹⁴

En suma, es justo decir que las normas de prueba adoptan, pese a los amplios poderes de la Sala de Audiencias, un enfoque mixto al combinar rasgos del Derecho de tradición Civil y del “Common Law”. La aplicación práctica de estas normas dependerá, en última instancia, de la formación jurídica de los Jueces, a quienes se otorga la suficiente facultad discrecional para conducir los procesos de acuerdo con sus preferencias.²¹⁵

4.3 Otros aspectos

En ambos Tribunales la sentencia debe ir acompañada de una *opinión razonada* (Art. 23 (2) del Estatuto del TPIY, Norma 98 (C); Art. 74 (5) del Estatuto de la CPI), desconocida en los procesos del “Common Law”, que se realizan con un jurado.²¹⁶

212. Véanse los ejemplos de HARHOFF, *supra* n. 24, pp. 653-654.

213. En esa medida, incluso BRADY, *supra* n. 56 (ajuste), p. 272, y BITTI, *supra* n. 26, p. 279, están de acuerdo.

214. SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 188.

215. Para la misma conclusión concerniente al registro de los procedimientos, véase *supra* n. 213; con relación al régimen de testigos y la búsqueda de la verdad, véase KREß, *supra* n. 14, pp. 353, 382 “estructura procesal abierta”.

216. ROBINSON pasa esto por alto, *supra* n. 14, p. 575, si considera una opinión razonada por escrito como una característica de ambos sistemas.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

En cuanto al procedimiento de *apelaciones*,²¹⁷ tanto el TPIY como la CPI permiten una apelación del Fiscal contra la absolución (Art. 25 (1) del Estatuto del TPIY; Art. 81 (l) (a) del Estatuto de la CPI). En los sistemas del “Common Law” no existe semejante derecho automático de apelación contra el fallo absolutorio,²¹⁸ pues, para la mayoría de los abogados del “Common Law”, constituye un hecho profundamente inquietante, sino enteramente incivilizado, someter a un acusado a un proceso criminal por segunda vez por el mismo acto; ello constituye una violación de la norma contra el doble enjuiciamiento (*ne²¹⁹ bis in idem*).²²⁰ Si bien el generoso campo de acción del derecho de apelación se asemeja al Derecho de tradición Civil, el procedimiento de apelaciones se basa en el “Common Law”, en virtud de que no permite un proceso *de novo*, sino solamente una revisión de la resolución relativa a cuestiones de hecho y jurídicas claramente identificadas y con oportunidades limitadas para nuevas pruebas.²²¹

El planteamiento de los dos actos o las dos etapas del sistema adversarial con relación al pronunciamiento de un fallo (veredicto de culpabilidad) y de la sen-

217. Para un análisis detallado del régimen de la CPI, ver BRADY, *The Rules of Procedure and Evidence on the Appeal*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 235-259; ROTH y HENZELIN. *The appeal procedure of the ICC* en CASSESE *et al.*, (eds.), *supra* n. 14, pp. 1.535-1.558.

218. George C. THOMAS III, *Double Jeopardy*, 1998, pp. 216 y ss.; STUCKENBERG, *Double Jeopardy*, 2001, pp. 13 y ss. ORIE, *supra* n. 14, p. 1.455; OBOTE-ODORA, *supra* n. 24, p. 335.

219. “Ne”, no “non” de acuerdo con la regla gramatical que rigelas órdenes prohibitivas; por ejemplo, *ne dubitaveris* (no vaciles). Véase BAYER-LINDHAMMER, *Lateinische Grammatik*, 2ª ed., 1990, p. 200; <www.facstaff.bucknell.edu/gretaham/Teaching/latin102>.

220. Cf. THOMAS III, *supra* n. 218, pp. 229 y ss.; STUCKENBERG, *supra* n. 218, pp. 15-16; BRADY y JENNINGS, *Appeal and revision*, en LEE, *supra* n. 4, 294-304, p. 297; ROTH y HENZELIN, *supra* n. 217, p. 1.543; CRETA, *supra* n. 74, pp. 411-412, quien exige que se modifique el Estatuto del TPIY y las Normas en este aspecto. Véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 332-333, quien sostiene que una apelación contra la absolución no está prohibida por los derechos humanos. Según BEHRENS, *supra* n. 125, p. 440, esta prohibición (del “Common Law”) no se aplica a un proceso sin jurado (cf. HATCHARD, HUBER y VOGLER, *supra* n. 19, p. 237).

221. ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.474, 1.490. En cuanto a la aceptación de pruebas adicionales, según la Norma 15 del TPIY se han desarrollado diferentes criterios en los precedentes, que, en cualquier caso, dejan una gran facultad discrecional a la Cámara de Apelaciones (*Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra* n. 63, pars. 42 y ss. (76) con referencia al enfoque del Derecho de tradición Civil y el “Common Law” y los precedentes anteriores).

tencia,²²² fue originalmente propuesto en el TPIY, pero posteriormente ambos actos se fusionaron, nuevamente por razones de eficacia, merced a la Norma 87 (C). El Estatuto de la CPI deja la resolución en una audiencia separada de imposición de sentencia básicamente en manos de los Jueces (Art. 76 (2); Norma 143).²²³

En lo concerniente al *efecto vinculante* de las resoluciones de la Cámara de Apelaciones sobre las Salas de Audiencias – que en el “Common Law” se reconocen generalmente según la doctrina del precedente vinculante –, la Cámara de Apelaciones dispuso en *Aleksovski* que la *ratio decidendi* de su resolución es vinculante,²²⁴ con lo que hizo suyo el enfoque del “Common Law”. Es posible encontrar un planteamiento más flexible en el Artículo 21 (2) del Estatuto de la CPI, de acuerdo con el cual “la Corte puede aplicar principios y normas del Derecho, tal como éstos se han interpretado en sus resoluciones anteriores”,²²⁵ en sentido que la Corte no está obligada a seguir las resoluciones mencionadas, sino que tiene, al respecto, una amplia facultad discrecional para hacerlo o no.²²⁶

La posibilidad de sancionar a los abogados de la defensa mediante procedimientos de *desacato* (Norma 77 del TPIY, Art. 70 y 71 del Estatuto de la CPI) es un mecanismo tradicional del “Common Law” que es más bien ajeno al Derecho de tradición Civil.²²⁷ Según la Cámara de Apelaciones, el poder de sancionar el *desacato* es una “competencia inherente del Tribunal” y su propósito es garantizar

222. Para un mayor detalle véase SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 269 y ss., p. 372 argumentando de modo convincente, desde una perspectiva de derechos humanos, en favor de esta separación.

223. Cfr. ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.454, 1.473, 1.489-1.490.

224. *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123 (Judgement), par. 113; coincide *Prosecutor vs. Brđjanin & Talić*, Decision on Application by Momir Talić for the Disqualification and Withdrawal of a Judge, 18 MAY 2000 (IT-99-36-PT), par. 6. Para un análisis detallado, véase HARRIS, *Precedent in the practice of the ICTT* en MAY *et al.*, (eds.), *supra* n. 28, pp. 341-356.

225. Cursivas del autor.

226. Cfr. McAULIFFE DE GUZMAN, en TRIFFTERER, *supra* n. 125, Art. 21-22, mn.

227. Ver en general OOSTHUIZEN, *Of misconduct, contempt, false testimony, rule mutations...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 387-402; KAY y SWART, *supra* n. 46, pp. 1.432 y ss., sobre los delitos específicos, véase TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.309 y ss.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

que no se frustre el ejercicio de la jurisdicción y queden salvaguardadas sus funciones jurisdiccionales fundamentales.²²⁸ La adopción de reglas para perseguir faltas de *desacato* cae dentro de los “otros asuntos relativos al caso” en el sentido del Art. 15 del Estatuto del TPIY.²²⁹

5. Conclusiones

En el plano de los procedimientos penales internacionales, la tradicional división entre Derecho de tradición civil y “Common Law” ha sido superada. A pesar de que es posible rastrear el origen de tradición civil “Common Law” respecto de la mayoría de las normas, éstas se han vuelto *sui generis* y únicas en su aplicación ante los tribunales de Derecho Penal Internacional.²³⁰ De modo que no es importante si una norma es adversarial o “inquisitiva”, sino si ayuda “al tribunal a llevar a cabo sus tareas....”²³¹ y si obedece a un estándar básico de juicio justo.²³² Dada la extendida crítica a este respecto,²³³ es necesario recordar que la Corte europea de derechos humanos ha reconocido que el procedimiento ante el TPIY ofrece todas

228. *Prosecutor vs. Tadić*, Judgement on Allegations of Contempt against prior Counsel, Milán Yujin, 31 January 2000 (IT-94-1-A-R77), pars. 17-19; coincide *Prosecutor vs. B. Simić, M. Simić, Tadić, Todorović & Zarić*, Judgement in the Matter of contempt Allegations against an Accused and his Counsel, 30 June 2000 (IT-95-9-PT), par. 91.

229. *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Judgement of Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, 27 February 2001 (IT-94-1-A-AR77), consideration 12; crit. BOHLANDER, *supra* n. 28, III. y con mayor detalle en 12 CLF, 91-111 (2001).

230. *Prosecutor v. Delalić et al.*, *supra* n. 27, para. 15: “Una norma puede tener un origen de tradición civil o de ‘Common Law’, pero el resultado final puede ser una amalgama de ambos..., llegando a ser *sui generis*.” Conc. ROBINSON, *supra* n. 14, p. 580; también DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1.390, 1.436.

231. DIXON, *supra* n. 24, p. 98.

232. Cfr. también MAY/WIERDA, *supra* n. 5, pp. 753 y ss, 764. De forma similar ROBINSON, *supra* n. 14, p. 569 y *passim*: trato justo como un “requisito global.” Así también la aproximación desde una perspectiva de los derechos humanos de SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 2, 20-1 y *passim*.

233. Véase por ejemplo DEFRANCIA, *supra* n. 75, p. 1.401 (“prioridad... para una protección del debido proceso”) y *passim*; KATZ, *supra* n. 240, pp. 116 y ss., argumentando a favor de estándares más estrictos de un proceso justo.

las garantías necesarias para un debido proceso, incluyendo la de la imparcialidad e independencia del tribunal.²³⁴ Aunque es cierto que existen “problemas sustanciales de coherencia y garantía legal” en los procedimientos penales internacionales, “ya que cada sistema (Derecho de tradición civil y “Common Law”) representa un equilibrio cuidadosamente estructurado entre los derechos de las partes del proceso”,²³⁵ no constituye ninguna solución a estos problemas el establecimiento Salas de Derecho de tradición civil y de “Common Law”, como fue propuesto recientemente por algunos colegas del “Common Law”.²³⁶ Esto profundizaría las diferencias entre los dos sistemas en vez de utilizar la posibilidad de desarrollar un verdadero procedimiento penal internacional mixto que merezca ser llamado *sui generis*.²³⁷

En vez de evaluar si un sistema es más conveniente que el otro para su aplicación a los procedimientos penales internacionales, se debiera distinguir entre la *fase de antejuicio* y la *de juicio en los procedimientos*, siguiendo una aproximación orientada hacia el resultado.²³⁸ En ese sentido, la aproximación desde el Derecho de tradición civil parece ser más apropiado en relación a la *igualdad de armas* entre la Fiscalía y la defensa. La experiencia de los tribunales *Ad-Hoc* demuestran que la defensa – sin considerar la circunstancia que entra al caso en una etapa (de antejuicio) muy tardía – nunca tiene iguales, ni similares, posibilidades que la Fiscalía para preparar la causa.²³⁹ Eso se debe en parte a la falta de recursos huma-

234. *Naletilic v. Croacia*, Decision of 4 may 2000, complaint 51891/99, 1.b) = 21 HRLJ 450 (2000) = EuGRZ 2002, p. 143. Véase sobre esa decisión y en relación entre tribunales penales internacionales y la Corte europea de derechos humanos CAFLISCH, 25 HRLJ 1, pp. 9 y ss. (2002).

235. Cfr. HARHOFF, *supra* n. 24, p. 650; de manera similar ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.453, pp. 1.494-95 observando, *inter alia*, que las normas de prueba “están íntimamente vinculadas al sistema procesal en el que funcionan.”

236. Crit. BITTI, *supra* n. 26, p. 288.

237. Véase *supra* n. 27.

238. Cfr. DAMASKA, *supra* n. 8, p. 5. El fundamento de esta aproximación es observar los resultados en vez de la terminología o ideología. Véase la discusión en torno a lo inquisitivo/adversarial al comienzo de este trabajo.

239. Cfr. WLADIMIROFF, *supra* n. 24, pp. 4-5, 7; id., en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN, *supra* n. 24, pp. 415-450, pp. 439 y ss., p. 442 (2000); KAY/SWART, *supra* n. 46, p. 1.424 y ss.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

nos, lo que hace imposible enviar a personas a la lugares de los crímenes para realmente “investigar” el caso; mayor importancia tiene, sin embargo, la dependencia respecto de la cooperación estatal en la reunión de pruebas. Mientras resulta difícil para la Fiscalía entrar al territorio de un Estado en particular con fines investigativos, esto resulta generalmente imposible del todo para la defensa, si el Estado se niega a cooperar. Hay varias causas en que a abogados de la defensa les fue denegado el permiso de ingreso a la República de Bosnia-Herzegovina o de Ruanda.²⁴⁰ En un caso como el de *Milosevic*, en el que la Fiscalía depende fuertemente de información de inteligencia, alguien creería seriamente que la CIA u otro servicio secreto cooperaría voluntariamente con abogados privados de la defensa? De este modo, la única posibilidad de la defensa para obtener la información necesaria para la preparación de su caso, es que la Fiscalía investigue en ambas direcciones y revele su información a la defensa. De hecho esa es la razón para la estrictas obligaciones de revelación impuestas a la Fiscalía.²⁴¹ Se podrá argumentar que, desde una perspectiva conceptual, un Fiscal imparcial, como está previsto en el sistema de tradición civil, garantiza al menos una cierta protección para el acusado, y podrá, si está dispuesto a hacerlo, asegurar que los derechos del acusado sean respetados. Este punto fue destacado durante las negociaciones del Comité Preparatorio antes de la Conferencia de Roma.²⁴²

Observando los procedimientos como un todo y el *juicio* en particular, un rol más activo – para usar las palabras del Grupo de Expertos – o “intervencionista” de parte los jueces pareciera asegurar una administración más eficiente del juicio

240. Véase HARHOFF, *supra* n. 24, p. 656; KAY/SWART, *supra* n. 46, p. 1.424. Para una discusión general respecto de las limitaciones de la defensa con referencias sobre el Derecho de precedentes del TPIY véase KATZ, *International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospect*, 27 Yale Journal of International Law (2002), 111-140, pp. 121 y ss.

241. En *Prosecutor v. Krajisnik & Plavsic*, *supra* n. 71, la Sala invocó el principio de la igualdad de armas en favor de la revelación. Para una discusión general véase *Prosecutor v. Tadic*, Judgment, 15 July 1999 (IT-94-1-A), para. 43 y ss. Para un argumento similar véase *Prosecutor v. Brđjanin & Talić*, *supra* n. 81, para. 10

242. Cfr. GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 234.

y de ese modo contribuir a acortar los procesos. Aunque el Reporte del Grupo de Expertos no sugirió explícitamente “que las mejoras en la administración de los casos no se pueden hacer en un sistema ‘Common Law’ adversarial”,²⁴³ sus análisis y recomendaciones²⁴⁴ claramente argumentan en favor de un procedimiento liderado por jueces en el sentido del Derecho de tradición civil.²⁴⁵ De hecho no se puede negar que el juicio dirigido y administrado por un juez experimentado puede evitar demoras producidas por la libre e incontrolada interacción entre las partes. Lo mismo vale para la fase de antejuicio coordinada por el juez del antejuicio (Norma 65 del TPIY).²⁴⁶ Por otra parte, acuerdos entre la Fiscalía y la defensa alcanzados bajo la supervisión de un juez no debieran ser rechazados *a limine* por los abogados del Derecho de tradición civil, ya que son un importante elemento para acortar los procedimientos.²⁴⁷

No debe olvidarse, no obstante, que las normas de procedimiento solamente proveen un marco general, su funcionamiento fluido depende en definitiva de los protagonistas procesales, especialmente de los jueces.²⁴⁸ Un procedimiento realmente mixto, *sui generis*, requiere Fiscales, abogados de la defensa y jueces que tengan conocimientos tanto del sistema de tradición civil como del “Common Law” y sean capaces de mirar más allá de sus propios sistemas legales.²⁴⁹ Aunque las normas procesales existentes dejan suficiente espacio para que los juristas de

243. Expert Group Report, *supra* n. 29, para. 77.

244. *Ibid.*, para. 75-7 y recomendaciones 7 a 9.

245. Incluso abogados del “Common Law” reconocen esto, véase por ejemplo McDONALD, *supra* n. 24, p. 616 argumentando en favor de un rol más activo de los jueces a fin de hacer los juicios más expeditos.

246. Véase ya más arriba n. 62 y texto.

247. Véase ya *Prosecutor v. Erdemovic*, *supra* n. 98 (opinión separada conjunta de McDONALD/VOHRAH), para. 2: “La institución del ‘Common Law’ de la confesión de culpabilidad debiera... encontrar un espacio receptivo”.

248. De modo similar ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.493, 1.494.

249. Véase también HARHOFF, *supra* n. 24, p. 654.

¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?

ambos sistemas puedan conducir los procesos de acuerdo a su propio derecho nacional, la práctica ante los tribunales *Ad-Hoc*, especialmente el TPIY, demuestran que los límites nacionales en cuanto a los procedimientos penales debieran verse superados con una creciente experiencia y práctica en el marco de un sistema de justicia penal internacional que se dirige hacia una convergencia armónica de ambos sistemas. En el futuro constiuirá un problema mucho mayor darle cabida a sistemas legales que no se basan en tradiciones occidentales, como por ejemplo el Derecho islámico.²⁵⁰

250. Cfr. AMANN, *supra* n. 15, p. 851 y ss. Ya hemos mencionado a China como un sistema *sui generis* en AMBOS, *supra* n. 20, p. 90.