



La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional¹

Juan Luis Gómez Colomer

*Catedrático de Derecho Procesal
Universitat Jaume I de Castellón*

SUMARIO: I. Introducción: A) El modelo acusatorio adoptado por el Estatuto de Roma; B) El entendimiento del principio acusatorio en el nuevo proceso penal; C) Dos cuestiones orgánicas previas: 1) La organización de un Ministerio Fiscal bajo control; 2) La Sala de Cuestiones Preliminares como órgano judicial no garantista; D) Sobre el ejercicio de la competencia por el Tribunal Penal Internacional y la legitimación para pedir la incoación de la causa. II. La investigación del delito: A) Inicio de la investigación; B) Admisibilidad de la investigación; C) Posibilidades de ampliación o modificación de los hechos punibles investigados; D) Suspensión de la investigación; E) Medidas cautelares: 1) Comparecencia; 2) Detención (prisión) preventiva; 3) Libertad provisional; 4) Medidas patrimoniales; F) Actos de investigación; G) La posición jurídica del imputado durante la investigación. III. La fase de enjuiciamiento previa al juicio oral y público: A) La acusación formal; B) La audiencia para confirmar cargos; C) El principio de oportunidad; D) Posibilidad de cuestiones previas.

I. Introducción

La investigación² que sigue pretende exponer la influencia que el principio acusatorio tiene en el novísimo proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional (en adelante, abreviado TPI, que comenzará su andadura el 1 de julio de 2003), y en concreto en las dos fases previas al juicio oral previstas por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 (en adelante, abreviado EstTPI, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002), arts. 53 a 61 (Parte V) y normas concordantes, complementado por las

Reglas de Procedimiento y Prueba, hechas en Nueva York el 2 de noviembre de 2000 (en adelante, abreviadas RegPP), arts. 104 a 130 y concordantes (Capítulo 5).

A) El modelo acusatorio adoptado por el Estatuto de Roma

Abordar jurídicamente con rigor el problema del enjuiciamiento de dictadores y genocidas implica resolver adecuadamente y al mismo tiempo, si se quiere una norma coherente, tanto los temas sustantivos como los procesales. La inmensa repercusión internacional de los gravísimos hechos

1. Artículo redactado en el marco del proyecto de investigación sobre *El enjuiciamiento de criminales en el plano internacional, ¿hacia una verdadera Justicia Penal universal?*, del que soy investigador principal, financiado por la Universitat Jaume I de Castellón y la Fundació Caixa Castelló-Bancaixa (Programa 1999, referencia P1B99-10, años 2000/2002). Mi más profundo reconocimiento al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Klaus Tiedemann, director del *Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht* de la *Albert-Ludwigs-Universität* de Freiburg im Breisgau (Alemania), por el inestimable apoyo científico y personal prestado para el desarrollo de este artículo.

2. Agradezco vivamente a la Lcda. Ana Beltrán Montoliu, ayudante de Investigación adscrita al Área de Derecho Procesal de la Universitat Jaume I de Castellón, la gran ayuda proporcionada en la búsqueda de materiales bibliográficos y sus valiosas contribuciones en el análisis de diversas cuestiones problemáticas que en este tema de investigación se han suscitado.

criminales cometidos por estas personas podía hacer pensar que el tema más importante a resolver era estrictamente de Derecho Penal, pero al final del viaje, sin restar ni un ápice de dificultad a esa cuestión y reconociendo la gran complejidad de la labor a efectuar, la parte procesal ha resultado ser más trascendente que la parte penal, porque si se observa el devenir de los trabajos preparatorios del texto en que se ha convertido definitivamente el EstTPI, se constata que de querer incidirse inicialmente, como era previsible, más en la parte penal que en la procesal penal³, se llegó en la Conferencia de Roma finalmente a la conclusión de que los aspectos procesales debían tener mucha más relevancia, pues, como allí se dijo, el éxito o fracaso del futuro Tribunal iba a depender en gran medida de que se respetasen los derechos y garantías procesales, lo que explica, por ejemplo, la norma complementaria relativa a las RegPP, aprobadas para garantizar un funcionamiento eficaz del Tribunal⁴. Esto implica que el modelo procesal a adoptar iba a ser la primera cuestión, y quizá cualitativamente la más importante, a tratar.

El proceso ante el TPI responde, como es natural, a un sistema de enjuiciamiento criminal, pero es difícil decir a qué modelo en concreto se parece o ha tomado por semejanza. Fruto del consenso, es al mismo tiempo mezcla de varios sistemas jurídicos⁵ (sistema continental y sistema anglosajón)⁶, con características propias que le diferencian no sólo de cualquier proceso penal conocido por los Estados, sino también de todo proceso penal ante un Tribunal Internacional regulado hasta ahora. De ahí que se diga que

es un proceso sui generis⁷, pues no se corresponde exactamente con ningún modelo vigente en el mundo⁸.

La visión que pretendo dar no es la de un internacionalista, ni tampoco la de un penalista, es simplemente la opinión de un procesalista, que sólo desea tener claro cómo ha resultado la articulación de un proceso penal concreto con base en su columna vertebral, el principio acusatorio. Me dirijo, pues, a quienes desde ese punto de partida estén leyendo ahora estas páginas, advirtiéndoles de su contenido estrictamente procesal. Tampoco quiero en este ámbito científico explicarlo todo de todo, sino sólo parte de una parte. Lo haré, además, desde mi propia formación, manejando tanto criterios metodológicos propios del Derecho Procesal, para que el lector especialista vea inmediatamente la constelación de problemas que las normas a estudiar plantean, como del Derecho comparado, necesario en esta materia para comprender ciertas causas y razones normativas.

Pero sí diré, a modo de advertencia preliminar antes de entrar en materia, que me parece que, sin negar la necesidad de consenso pues de otra manera no sería posible llegar a un acuerdo internacional de esta entidad, todas las normas del EstTPI, y su desarrollo por las RegPP, muestran falta de confianza o exceso de control, según se mire, en las instituciones. Se ha consensuado sí una norma, aunque evidentemente con demasiados peros para que todo el mundo la pudiera aceptar, y el resultado en estos casos no suele ser nada bueno, cuanto menos de interpretación dogmática muy compleja y de consecuencias prácticas de dudosa

3. Véanse LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001, p. 172.

4. Vide BROOMHALL, B., "Article 51 Rules of Procedure and Evidence", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers' Notes, Article by Article*, Ed. Nomos, Baden Baden, 1999, p. 683.

5. Así FINDLAY, M., "Synthesis in trial procedures? The experience of International Criminal Tribunals", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, January, 2001, p. 28.

6. Véanse SCHABAS, W., *An introduction to the International Criminal Court*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 94; y DÖRMANN, K./KRESS, C., "Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verbrechenselemente zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs: Eine Zwischenbilanz nach den ersten zwei Sitzungen der Vorbereitungskommission für den Internationalen Strafgerichtshof", *Humanitäres Völkerrecht*, 1999, vol. 4, núm. 12, p. 200.

7. Véase KATZ COGAN, J., "International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects", *Yale Journal of International Law*, Winter, 2002, p. 113.

8. Al parecer con ello se ha querido que la "legitimidad del procedimiento penal" jamás sea puesta en duda, como ha ocurrido con los anteriores Tribunales Penales Internacionales, v. BROOMHALL, B., "The International Criminal Court: Overview, and Cooperation with States", en A.I.D.P., *ICC Ratification and national implementing legislation*, 1999, p. 71. Sobre la fase de investigación en los procesos penales ante los Tribunales ad hoc de la antigua Yugoslavia y Ruanda, vid. con carácter general CHAND VOHRAH, L., "Pre-Trial Procedures and Practices", en Mc DONALD, G.K./SWAAK-GOLDMAN, O., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Ed. De Kluwer, Dordrecht, 2000, pp. 479 a 546. Una excelente traducción de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal para la ex Yugoslavia puede verse en BELTRÁN MONTOLIÚ, A., *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Organización, proceso y reglas de procedimiento y prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, en prensa, con un estudio preliminar muy interesante sobre dicho proceso.

eficacia⁹. El ejemplo más significativo es el inicio de la investigación, en donde se ponen tantas trabas al Ministerio Fiscal, como veremos en seguida, que nunca admitiríamos una norma así en nuestra Ley Procesal Penal propia, la del Estado al que por nacionalidad pertenecemos; otro caso sería la víctima, que ve mejorada su posición respecto a procesos ante otros Tribunales Internacionales, pero no se acaba de reconocer su mejor situación posible, es decir, la de ser parte acusadora al lado del Ministerio Fiscal, como ocurre, por ejemplo, en España, país que tiene para ofrecer en esta materia bastante más de lo que se piensa.

B) El entendimiento del principio acusatorio en el nuevo proceso penal

El principio acusatorio despliega sus efectos en la fase de investigación de una manera muy relevante. A su estudio nos vamos a dedicar en este artículo. Antes es necesario, sin embargo, centrar conceptualmente el principio, a efectos de saber exactamente a qué nos estamos refiriendo, comprendiendo su sentido angloamericano y su sentido europeo continental.

1. Respecto a los Estados Unidos diré que el proceso penal norteamericano¹⁰ es la expresión más conocida en la actualidad de un modelo de enjuiciamiento criminal¹¹ basado en el sistema acusatorio puro, sin apellidos. La doctrina norteamericana insiste en ello, aprovechando la ocasión para remarcar las diferencias con el sistema inquisitivo¹² (que cree que es el vigente en Europa, fundamentalmente por entender que en dicho

proceso penal las partes juegan un papel mucho más acentuado que el juez¹³).

En USA se considera que el sistema acusatorio se caracteriza por los siguientes principios y circunstancias¹⁴: a) El principio de la presunción de inocencia; b) El papel neutral que desempeña el juez ya desde que se conoce la comisión de un delito; y c) El jurado¹⁵, que es considerado como la piedra angular sobre la que descansa el sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano, tanto el federal como el de los Estados¹⁶, lo cual a mi juicio es discutible, pero en este tema no entraré aquí.

La doctrina norteamericana, como apuntaba, no hace referencia curiosamente al principio acusatorio. El término "acusatorio" se utiliza para calificar el modelo de Justicia penal que han decidido adoptar. Puede ser que la razón de ello resida en que lo que caracteriza más esencialmente al principio acusatorio, a saber, que quien investiga y quien enjuicia no sea la misma persona ni la misma institución, está firmemente asentado en la teoría y en la praxis procesal penal norteamericana, por tanto, que el principio acusatorio se entienda como algo obvio, implícito en el sistema. En USA la acusación la formula o el fiscal o el gran jurado, y no el juez, que es quien juzga (con el jurado)¹⁷.

Pero hay más. Otra característica importante afecta al objeto del proceso, porque en un sistema acusatorio no se puede condenar ni por hechos distintos a los acusados, ni a persona distinta de la acusada. Que la legislación y la jurisprudencia norteamericana permitan modificar la acusación durante cualquier etapa del proceso, siempre y cuando no se perjudique el derecho fundamental a un proceso debido¹⁸, no afecta a este otro dato esencial por las garantías previstas.

9. Sobre los entresijos de los preparativos de lo que llegó a ser el EstTPI y el porqué de sus normas y las negociaciones llevadas a cabo, véanse LATANZI, F., *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Ed. Scientifica, Napoli, 1998; LATANZI, F./SCHABAS, W. A. (ed.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Il Sirente, Ripa Fagnano Alto, 1999, vol. I, p. 7; y LEE, R. S., (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Ed. Kluwer, La Haya-Londres-Boston, 1999, esp. a partir de la p. 217. De poco sirve conocerlos para un jurista frente al texto de la Ley, pero pueden ayudar para intentar encontrar explicación a normas de por sí inexplicables, además de enterarse de ciertas curiosidades auténticamente sorprendentes, v. gr., las discusiones sobre el papel de la víctima, que de alguna manera sacaré a relucir en este texto oportunamente, pues no va a ser ello objeto de estudio específico.

10. Véase el excelente resumen sobre el proceso penal norteamericano federal que hace PÉREZ CEBADERA, M. A., *Las instrucciones al Jurado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 52 y ss.

11. BURHAM, N., *Introduction to the legal system of the United States*, Ed. West Publishing, St Paul, MINN, 1995, p. 275.

12. CARP, R. A./STIDHAM, R., *The Federal Courts* (4.ª ed.), Ed. Congressional Quarterly Inc., Washington, D.C., 1985, p. 157.

13. Vide LAFAYE, W. R./ISRAEL, J. H./KING, N. J., *Criminal Procedure* (3.ª ed.), Ed. West Publishing, St. Paul, MINN, 2000, pp. 31 y 32; FLETCHER, G. P., *En defensa propia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 32; y THAMAN, S. C., "Europe's new Jury Systems: The cases of Spain and Russia", *Law and Contemporary Problems*, Spring, 1999, vol. 62, p. 233.

14. ABRAHAM, H. J., *The Judicial process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England and France*, (6ª ed.), Ed. Oxford University Press, New York Oxford, 1993, pp. 96 y 97.

15. FLETCHER, G. P., *En defensa propia*, cit., p. 33.

16. LAFAYE, W. R./ISRAEL, J. H. / KING, N. J., *Criminal Procedure*, cit., p. 36.

17. LAFAYE, W. R./ISRAEL, J. H./KING, N. J., *Criminal Procedure*, cit., p. 20.

18. V. SAMUEL, D. F., *Eleventh Circuit Criminal Handbook*, Ed. Lexis Law Publishing, Virginia, 1999, p. 359.

También destaco que en USA el juzgador no puede ejercer funciones materiales de desarrollo del proceso, lo que caracteriza igualmente al principio acusatorio. En un juicio con jurado, éste no puede aportar hechos, y el juez que preside la vista oral tampoco puede introducir hechos (salvo alguna excepción fuertemente justificada en la que ahora no voy a entrar), lo cual no empece a que, de acuerdo con las Reglas que regulan la práctica de la prueba, pueda intervenir para despejar dudas probatorias o aclarar algún resultado probatorio¹⁹.

2. En la Europa no anglosajona las cosas son distintas. No voy a fijarme en todos los países, como es lógico. Me limitaré en realidad sólo a Alemania, al haber sido el primer país de sistema de civil law que importó parte del modelo de enjuiciamiento criminal angloamericano en 1975. Que el Codice di Procedura Penale italiano de 1988 haya adoptado el modelo anglosajón, justifica su no análisis en esta introducción. El contrapunto lógico será siempre nuestro propio sistema, todavía de carácter mixto (para los americanos, recordemos, casi netamente inquisitivo), hasta que lleguemos al proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional.

La primera cuestión a dilucidar al abordar el análisis del principio acusatorio debe ser fijar sus notas esenciales, ya que existe una cierta confusión entre sistema acusatorio y principio acusatorio²⁰:

a) Una definición conceptual correcta nos llevaría a considerar que sistema de enjuiciamiento

criminal hace referencia a un modo de conformar la totalidad del proceso penal, pudiendo hablarse en este sentido de sistema acusatorio, de sistema inquisitivo o de sistema mixto;

b) El principio, por contra, aparece como un modo de regular un elemento concreto del proceso, cuyo fin último es garantizar la imparcialidad del juzgador²¹.

La confusión se produce cuando se atribuyen al principio acusatorio aspectos o elementos que en realidad tienen cabida en otras garantías del proceso, como la contradicción o la defensa, que además y en la mayoría de ocasiones lo convierten en un principio desdibujado o vacío de contenido²².

El proceso penal ha sido creado artificial y técnicamente para que el Derecho Penal pueda ser actuado. Para ello, goza de un triple monopolio derivado de la garantía jurisdiccional penal, conformadora del principio de legalidad²³:

1. La titularidad por el Estado del *ius puniendi*;

2. El Derecho Penal sólo puede aplicarse por los Tribunales;

3. El Derecho Penal sólo puede aplicarse por los Tribunales a través del proceso y no de cualquier otra forma, pues es instrumento necesario para ello.

Hoy sólo tiene sentido hablar de sistema acusatorio, porque "los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado"²⁴. El sistema acusatorio puro²⁵ se caracteriza por la igualdad absoluta en que se encuentran las partes, siendo el

19. CARP, R. A./STIDHAM, R., *Judicial process*, cit., pp. 163 y ss.; LILLY, G. C., *An introduction to the Law of Evidence* (3.ª ed.), Ed. West Publishing Co., St. Paul MINN, 1996, p. 109.

20. Véanse MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, *Justicia* 92, p. 776; ÍDEM, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 187 al final; DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Ed. Comares, Granada, 1996, p. 209; y GÓMEZ COLOMER, J. L., *La procedure pénale face au principe accusatoire: La position adoptée par la Ministère Public en Espagne et dans les principaux pays Latino-Américains. Influences Européennes et Nord Américaines*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1997 (vol. 68), pp. 62 y 63.

21. Vide MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio*, *Justicia* 92, p. 776; y DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación...*, cit., p. 209.

22. Véanse ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 33; ÍDEM, *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*, *RDProc*, 1996, núm. 2, p. 266; y RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1994, pp.

23. Vide MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio*, cit., pp. 777 y ss.; ÍDEM, *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, *La Ley*, 1994-1, p. 973; ÍDEM, *Principios del proceso penal...*, cit., pp. 16 y ss.; ÍDEM, en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J. L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (11.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 354 a 356; ÍDEM, en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J. L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (11.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 21 y ss.; y ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., pp. 266 y ss.

24. MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., pp. 975 y 976.

25. Véanse GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 191; ÍDEM, en GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal* (3.ª ed.), Ed. Colex, Madrid, 1999, p. 77; DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOME GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal* (5.ª ed.), Ed. C.E. R. Areces, Madrid, 2002, pp. 62 y 63; MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., p. 776; ÍDEM, *La garantía procesal penal...*, cit., p. 975; e ÍDEM, *Principios del proceso...*, cit., pp. 25 y ss.

Juez un tercero imparcial que asiste al desarrollo del proceso como si de un mero espectador se tratara; mientras que el sistema inquisitivo no supone un verdadero proceso. El acusatorio sí lo es. En él se dan los elementos de juez imparcial, dualidad de posiciones y contradicción. Por ello, hablar de dos modelos enfrentados no tiene sentido y sólo puede llevar a confusiones al lector²⁶.

Se puede decir con prudencia que ninguno de ellos ha demostrado ni demuestra que cumpla con el ideal de proceso justo y con todas las garantías, pues como es natural ambos tienen ventajas y desventajas, aunque la desventaja para el inquisitivo de no ser un verdadero proceso es absolutamente determinante, de ahí que se trate más bien de perfeccionar el sistema acusatorio. No obstante, los legisladores han optado en Europa por una fórmula mixta combinando elementos de los dos para lograr el siempre deseado equilibrio entre el principio de libertad y el de necesidad, en aras de la justicia penal²⁷. Si bien las características de este sistema mixto no son coincidentes en todos los ordenamientos, existe un punto que es común a toda modalidad calificada como mixta: La persecución de los delitos no se deja en manos de los particulares, al menos de manera exclusiva, y el juzgador nunca será acusador.

Dejemos, pues, de hablar de sistema acusatorio, demos por sentado que es el nuestro, el de USA, el de Alemania, etc., en definitiva el de cualquier país democrático, con todos los matices que se quiera, y comencemos a hablar de principio acusatorio.

Pasando a las características principales del principio acusatorio en su entendimiento europeo continental, diré que el principio acusatorio tiene como núcleo esencial en Europa continental la imparcialidad del órgano jurisdiccional frente a las partes y su posición neutral con relación al objeto del proceso. Por ello, queda afectado por el principio acusatorio todo lo relativo al juez y a sus principios políticos, básicamente la imparcialidad como garantía de independencia y los elementos identificadores del objeto del proceso, es decir, el hecho criminal acusado a una persona²⁸. En cambio, otros aspectos que tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia habían incardinado en él, deben encuadrarse en el principio de contradicción, entre ellos el derecho a ser informado de la acusación²⁹, o el derecho de defensa³⁰.

En este sentido, el proceso penal alemán³¹, al igual que el español, está inspirado por el principio acusatorio³², que rige desde su inicio y durante su desarrollo hasta su final, a efectos de saber inicialmente si hay base o no para formular la acusación, y posteriormente para concretarla³³.

Este principio es una garantía esencial del proceso penal, en algunos países como en España elevado a rango de derecho fundamental al entenderse implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución, en adelante, abreviada CE). Dentro de esta máxima genérica se encuentra la exigencia de la imparcialidad del juez, lo que supone la separación entre las funciones de instruir, acusar y juzgar³⁴, en el siguiente triple sentido³⁵:

26. Véase MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., p. 975.

27. V. MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Ed. Comares, Granada, 1994, p. 23.

28. Consúltense MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., p. 86; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., p. 84; ÍDEM, *Principio acusatorio: realidad...*, cit., p. 271; ORTELLS RAMOS, M., *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica al cambio jurisprudencial sobre la correlación entre acusación y sentencia*, *Justicia* 91, p. 780; VÁZQUEZ SOTELO, J. M., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, *RJCat*, 1984, núm. 2, pp. 382 a 384.

29. V. PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 68.

30. V. ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., p. 84.

31. Lo dice expresamente la Ley Procesal Penal alemana de 1877, en adelante, abreviada StPO: § 151 "[Principio acusatorio]. La apertura de una investigación judicial estará motivada por el ejercicio de una acción". Para la traducción de los artículos de la Ley Procesal Penal alemana o de leyes complementarias, así como explicaciones sobre el proceso penal de ese gran país, me remito a mi libro en GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

32. Véase GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán...*, cit., p. 50.

33. Vide RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal. Sexta lectura constitucional* (6.ª ed.), Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 31.

34. Véanse MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., p. 86; DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación...*, cit., pp. 207 y 208; MARTÍNEZ ARRIETA, A., "Principio acusatorio: teoría general y aplicación práctica", en *Los Principios del Proceso Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 64; RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio...*, cit., pp. 41 y 131; y DELGADO MARTÍN, J., *Principio acusatorio y juicio de faltas*, *Actualidad Penal* 1995-1, Marginal VI, p. 2.

35. Véanse MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., pp. 780 y ss.; ÍDEM, *La garantía procesal penal...*, cit., pp. 979 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., "La procedure pénale...", cit., pp. 65 y 66; DELGADO MARTÍN, J., *Principio acusatorio y...*, cit., pp. 2 y 3; BERZOSA FRANCOS, M. V., *Principios del proceso*, *Justicia* 92, pp. 583 y ss.; DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación...*, cit., p. 208.

a) No puede existir proceso sin acusación, que debe ser formulada por persona distinta a quien va a juzgar: La acusación es necesaria para que el juicio tenga lugar, de ahí que se diga con acierto que es condición y presupuesto del proceso³⁶. Con el fin de que la imparcialidad quede garantizada, ha de ser ejercida por persona (órgano) distinta y ajena al Tribunal sentenciador³⁷.

De esta forma se separan las funciones acusatoria y decisoria, por lo que el juicio oral, en que se resolverá sobre el objeto del proceso, se iniciará por parte distinta al órgano jurisdiccional decisor, que tiene prohibido plantear y mantener la acusación³⁸.

La concreción del monopolio del *ius puniendi* que el Estado tiene se realiza articulando un órgano público, imparcial en principio porque está sometido al principio de legalidad, que es el Ministerio Fiscal.

Se dice que así queda impedido que los particulares tengan en sus manos exclusivamente el ejercicio de la acción penal, pero las consecuencias son más profundas, porque en realidad se puede producir un desplazamiento de los particulares del proceso penal o su sustitución por el órgano público de persecución, que es algo bien distinto. Ello ocurre, por ejemplo, en Alemania, en donde

el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal (§ 152 StPO), salvo en los supuestos de acción privada. Como este gran poder conlleva muchos riesgos, básicamente que el Fiscal arbitrariamente deniegue la persecución dejando a la víctima totalmente desvalida, la StPO prevé una tutela específica al regular en sus §§ 172 a 177 un procedimiento para forzar la acusación³⁹.

En cambio y sabiamente, la Ley española no permite que el Ministerio Fiscal ostente en régimen de monopolio el ejercicio de la acusación. Con base en los arts. 24, 25 y 125 CE, la acción penal en España puede ser pública, privada, particular o popular⁴⁰.

Como consecuencia del principio acusatorio, la persona que presuntamente ha cometido el hecho punible debe recibir, y en España por ejemplo tiene derecho constitucional a ello (art. 24.2 CE), una información clara, completa y precisa acerca de la acusación, información que se debe proporcionar en varios momentos y no únicamente al principio de la investigación⁴¹.

b) No cabe condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni a persona distinta de la acusada⁴²: La fijación del contenido de la acusación no se puede dejar en manos del juzgador,

36. Véanse GÓMEZ COLOMER, J. L., "La procedure pénale...", cit., pp. 63 y 64; GÖSSEL, K., *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1977, p. 32; BAUMANN, J., *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrecht* (3.ª ed.), Ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1979, p. 42; PFEIFFER, G., *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung* (3.ª ed.), Ed. Beck, Munich, 1993, p. 2; MEYER-GOßNER, Löwe-Rosenberg, *StPO Kommentar*, (24.ª ed.), Ed. de Gruyter, Berlin, 1988, p. 176; KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *StPO Kommentar* (43.ª ed.), Ed. Beck, Munich, 1997, p. 575.

37. Consúltense MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., p. 781; ÍDEM, *La garantía procesal penal...*, cit., p. 980; ÍDEM, *Principios del proceso...*, cit., p. 96; GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA, V./ MORENO CATENA, V./CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 85; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., p. 40; ASENSIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa*, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 17; DE DIEGO DíEZ, L. A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción*, Justicia 88, p. 110; DÍAZ CABIALE, J. A., *Principio de aportación...*, cit., pp. 207 y 208; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción...*, cit., p. 24; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El modelo postconstitucional del Ministerio Fiscal en España*, Poder Judicial, 1992, núm. 27, p. 11. Véase, respecto a Alemania, ZIPF, H., *Strafprozeßrecht*, Ed. de Gruyter, Berlin, 1996, p. 72; GÖSSEL, K., *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 33; y SCHÄFFER, K., *Strafprozeßrecht. Eine Einführung*, Ed. de Gruyter, Berlin, 1976, pp. 220 y ss.

38. Vide DE DIEGO DíEZ, L. A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción*, Justicia 88, p. 110.

39. Llamado Klageerzwingungsverfahren, véanse ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht* (25.ª ed.), Ed. Beck, Munich, 1998 (traducido al español bajo el título *Derecho Procesal Penal*, por CÓRDOBA, G. E., y PASTOR, D. R., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000), cit., pp. 289 y ss., cit., p. 289 y ss.; PETERS, K., *Strafprozeß. Ein Lehrbuch* (4.ª ed.), Ed. Müller, Heidelberg, 1985, p. 536; GÖSSEL, K., *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 99 y 100; BAUMANN, J., *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien...*, cit., p. 48; y GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán...*, cit., p. 154.

40. Pueden consultarse MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., p. 781; y GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal...*, cit., p. 191.

41. Véase PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental...*, cit., pp. 126 y ss.

42. Véanse MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., pp. 782 y ss.; ÍDEM, *La garantía procesal penal...*, cit., pp. 280 y 281; ÍDEM, *Principios del proceso...*, cit., p. 96; GÓMEZ COLOMER, J. L., "La procedure pénale...", cit., pp. 63 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., p. 271; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción...*, cit., p. 25.; RANFT, O., *Strafprozeßrecht* (2.ª ed.), Ed. Boorberg, Munich, 1995, p. 61; ZIPF, H., *Strafprozeßrecht*, cit., p. 72; y KLEINKNECHT, TH./MEYER-GOßNER, L., *StPO Kommentar*, cit., p. 623. El § 155 StPO establece que: "[Extensión de la investigación]. La investigación y la resolución se extenderán sólo al hecho mencionado en la acción y a las personas inculpadas por la acción".

pues se pondría en peligro su imparcialidad ante los hechos y sujetos que debe juzgar. El concepto clave para la comprensión de esta exigencia es el de objeto del proceso⁴³.

Esto nos lleva directamente a un tratamiento particular de la congruencia en el proceso penal, es decir, de la correlación objetiva y subjetiva entre la acusación y la sentencia⁴⁴. Aunque la sentencia penal y sus requisitos no van a ser considerados en este artículo, sí diré para que no haya duda al respecto, y en tanto queda afectada por el principio acusatorio, que subjetivamente la sentencia sólo podrá condenar a las personas previamente acusadas; mientras que objetivamente la sentencia penal sólo podrá pronunciarse sobre los hechos esenciales que conforman el hecho punible que fundamenta la acusación.

De ello se deduce inequívocamente que el conocimiento de los hechos que conforman la acusación con todas sus circunstancias es absolutamente necesario para la defensa, y ello es una exigencia derivada del principio acusatorio, aunque estemos ante el principio de contradicción⁴⁵. Quizá haya contribuido ello a la confusión a la que hacíamos referencia hace unos momentos.

La vigencia del principio de imparcialidad y la esencia del principio acusatorio no permiten, pues, que el juzgador pueda fijar él mismo los hechos que se imputan y la persona a la que se imputan, y a ello queda obligado. En cambio, la calificación jurídica de los hechos y la pena a imponer están sometidas al principio *iura novit curia* y al de legalidad, quedando fuera de la disposición de las partes.

La StPO alemana permite una ampliación de la acusación bajo determinados requisitos (§ 266), que no es una excepción al principio acusatorio, sino una confirmación del mismo⁴⁶.

c) La imparcialidad del juzgador: El principio acusatorio sirve y garantiza, en el sentido expresado, la imparcialidad del juzgador. La concreción de lo expuesto se traduce ahora en que, aprovechando la distinción, necesaria en el proceso penal, entre investigación y enjuiciamiento, se atribuye cada una de ellas a personas (órganos) distintos. No puede ser de otro modo, pues si no fuera así, el juez, como órgano decisor, quedaría contaminado al conocer la investigación sobre la que tiene que decidir, dejaría de ser, por tanto, imparcial⁴⁷.

La influencia de la imparcialidad en el juicio penal justo tiene reconocimiento a través del art. 6.1 CEDH⁴⁸ y del art. 24.2 CE, al proclamar el derecho a un proceso con todas las garantías.

Por su importancia y repercusiones en la fase de investigación, conviene diferenciar el principio acusatorio de los principios de contradicción y de defensa, antes apuntado. Principio acusatorio, por un lado, y principios de contradicción y de defensa, por otro, cumplen finalidades y responden a criterios distintos, aunque en todos los casos estemos ante garantías fundamentales, lo que permite ver una conexión entre ellos. El principio acusatorio contempla la actividad del órgano jurisdiccional frente a las partes (imparcialidad), y con relación al objeto del proceso (vinculación a sus elementos esenciales). La contradicción está en función, por contra, de la intervención de las partes en el proceso, principalmente del acusado, garantizando que conozca la acusación formulada, que sea realmente oído en la causa y que tenga la oportunidad real de defenderse, en cuanto al fondo y en cuanto a la forma⁴⁹.

De aquí partimos, pues, para un mejor entendimiento de las páginas que siguen. Comencemos

43. V. GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J. L./MONTON REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, cit., pp. 97 y ss.

44. Véanse MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción...*, cit., pp. 24 y 25; ASENCIO MELLADO, J. M., *Introducción al derecho procesal*, cit., p. 208; BERZOSA, V., *Principios del proceso*, *Justicia* 92, pp. 583 y ss.; RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio...*, cit., p. 51.

45. Vide GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 80 y 81; GÓMEZ COLOMER, J. L., "La procedure pénale...", cit., pp. 63 y ss.; y DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El derecho a la tutela...*, cit., p. 105.

46. Llamada *Nachtragsanklage*. Véanse ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 76, 353 y 354; SCHRÖEDER, F., *Strafprozeß recht*, Ed. Beck, Munich, 1993, p. 160; y ZIPF, H., *Strafprozeß*, cit., p. 72.

47. MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., pp. 780 y ss.; ÍDEM, *La garantía procesal penal...*, cit., p. 979; ÍDEM, *Principios del proceso*, cit., pp. 86 y ss.; MORENO CATENA, V., "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", *Poder Judicial*, 1988, núm. especial II, pp. 164 y 165; CONDE-PUMPIDO FERRERIRO, C., *El modelo postconstitucional...*, cit., p. 11; y RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio...*, cit., p. 131.

48. Pueden consultarse las SS TEDH, casos *Piersack*, de 1 de octubre de 1982; y *De Cubber*, de 26 de octubre de 1984, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983", pp. 869 y ss.; y en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987", pp. 255 y ss., respectivamente.

49. V. ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., p. 84.

con unas precisiones respecto a algunos aspectos orgánicos de importancia.

C) Dos cuestiones orgánicas previas

En efecto, para comprender de una manera más completa la puesta en funcionamiento del principio acusatorio en la fase de investigación del proceso penal ante el TPI, es preciso comentar brevemente algunos temas de naturaleza orgánica, que hacen referencia al Ministerio Fiscal y a la Sala de Cuestiones Preliminares.

1) La organización de un Ministerio Fiscal bajo control

Todo proceso penal requiere de un órgano público acusador. En este proceso, como en todos los que siguen el sistema acusatorio, puro, menos puro, formal o mixto, es también el Ministerio Fiscal el encargado de ello.

Como es igualmente evidente, el Ministerio Fiscal ante el TPI requiere no sólo de una especificación clara y contundente sobre las funciones que le corresponde desarrollar en dicho proceso penal, sino también una organización que le ayude definitivamente a realizarlas.

Pues bien, si hay alguna institución en la que sea más palpable el consenso al que se ha tenido que llegar para que el TPI fuera una realidad, y en donde al mismo tiempo se reflejen con mayor fuerza los deseos de incorporar un modelo u otro de enjuiciamiento criminal, es el Ministerio Fiscal, porque por un lado se crea como institución independiente, pero sometida a un estrecho control judicial, y por otro es el órgano investigador, siempre que el órgano judicial le deje.

1") Principios: El Fiscal, se dice en el art. 42.1 EstTPI, "actuará de forma independiente". Debemos entender aquí que el Fiscal ante el TPI es independiente a la vista de lo que se dispone a continuación, pero hay formas mucho mejores de decirlo, sobre todo teniendo en cuenta que en la mayor parte de los países, el Fiscal no es independiente, *v. gr.*, sin ir más lejos en USA o en España, y con ello no queremos decir, claro, que sea órgano parcial y arbitrario.

La independencia afecta en primer lugar a su relación con el TPI, ya que actúa como órgano separado de él (art. 42.1 EstTPI), aunque según ese mismo precepto sí puede solicitar y cumplir instrucciones del TPI. No es, pues, un órgano del TPI, a pesar de

que su ubicación sistemática (Parte IV: Composición y administración de la Corte) y la declaración expresa del art. 34, c) EstTPI, puedan llevar a engaño, porque no puede serlo, so pena de mezclar funciones investigadoras y acusadoras con funciones judiciales, distinción clave exigida por el principio acusatorio precisamente. Sólo en sentido administrativo muy general podría entenderse tal declaración, pero habría sido más propio pensar en una Fiscalía Penal Internacional como órgano de la ONU, que se integra en los diferentes tribunales penales internacionales que existen, incluido éste, como es natural.

La independencia, como concepto general, implica para el fiscal la necesidad de investigar y acusar objetiva e imparcialmente. Los arts. 42.7, en lo orgánico, y 53 EstTPI, en lo funcional, así lo corroboran.

Si su imparcialidad está en juego, puede el fiscal ser recusado por las razones expuestas en el art. 42.7 EstTPI, a través del procedimiento previsto en el art. 42.8 EstTPI, desarrollado por las reglas 33 a 35 RegPP. Desde mi punto de vista⁵⁰ me sorprende que siendo parte pueda ser recusado, lo que es más bien propio de quien tiene que decidir, pero en lo internacional las cosas son distintas, al parecer. Habría sido por ello más correcto regular sólo la abstención, si se quiere de la manera tan suave como se prevé en el art. 42.6 EstTPI. Aunque no me interesa detenerme en ello, sí indico que otras garantías de la independencia consistentes en prohibiciones se establecen en el mismo art. 42, al que me remito. El problema es que el fiscal es un ser independiente, sí, pero controlado.

2") Organización: Conscientes los redactores del EstTPI de la importancia de una buena organización de la Fiscalía para garantizar el éxito de este Tribunal, regularon con detalle diversos aspectos relevantes de la misma:

a) Jerárquicamente el jefe es el fiscal, quien goza de la ayuda de fiscales adjuntos, todos ellos en régimen de dedicación exclusiva (art. 42.2 EstTPI);

b) Los requisitos que se exigen para poder ser fiscal ante el TPI se recogen en el art. 42.3, y el procedimiento de elección, en el art. 43.4 EstTPI;

c) El fiscal y los fiscales adjuntos deben formular promesa solemne, antes de asumir las obligaciones del cargo, de que ejercerán sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia (art. 45 EstTPI, reglas 5 y 6 RegPP), término este último no muy claro, pero que debería ser equivalente a desapasionamiento, profesionalidad, objetividad, en suma, "responsabilidad"⁵¹;

50. Véase el art. 96 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882.

51. Véase el comentario de GODART, ST./TOLBERT, D., "Article 45 Solemn undertaking", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court...*, cit., pp. 653 y 654.

d) La posibilidad de cometer faltas no penales existe también para el fiscal y sus adjuntos, de ahí que se prevean medidas disciplinarias en el art. 47 REstTPI, desarrollado por las reglas 23 a 32 RegPP. Pueden incluso ser separados del cargo (art. 46 EstTPI y regla 23 RegPP).

e) Los sueldos son determinados por la Asamblea de los Estados parte (art. 49 EstTPI).

En desarrollo de estas cuestiones, la Fiscalía puede dictar reglamentaciones que ayuden a un mejor funcionamiento (regla 9 RegPP) y delegar algunas funciones, no todas, en los funcionarios administrativos que tiene adscritos (v. regla 11 RegPP).

La Fiscalía puede contar, finalmente, con asesores jurídicos (peritos juristas), figura anómala en los tribunales nacionales, pero necesaria ante la complejidad de los gravísimos crímenes para los que es competente el TPI, previstos en el propio art. 42.9 EstTPI: Violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra niños. Igualmente pueden estar asistidos de peritos, en los términos del art. 44.4 EstTPI.

3") Privilegios e inmunidades: Aunque son renunciables (art. 48.5 EstTPI), los privilegios del fiscal y de los fiscales adjuntos son de gran trascendencia, a efectos de que puedan desarrollar su labor libres de cualquier presión o amenaza. Los privilegios e inmunidades son los mismos, mientras estén en el cargo, que los de jefes de misiones diplomáticas, estando protegidos judicialmente incluso después de cesar en su mandato por las declaraciones que hayan hecho oralmente o por escrito y los actos que hayan realizado en el desempeño de sus funciones oficiales (art. 48.2 EstTPI)⁵², que el Acuerdo sobre inmunidades ha ratificado⁵³.

4") Funciones: El aspecto que más trascendencia tiene para mí es el de las funciones del fiscal ante el TPI. De acuerdo con la escueta declaración del art. 42.1 EstTPI, pero que se desarrolla a lo largo de muchos artículos después, se pueden resumir los aspectos funcionales del trabajo de la Fiscalía en dos:

- a) Realizar investigaciones; y
- b) Ejercer la acción penal ante el TPI, presentando la acusación.

Investigar y acusar los delitos competencia del TPI son, pues, sus dos funciones, o al menos sus dos funciones principales. De acuerdo con el modelo anglosajón investiga el crimen, pero un órgano judicial, según el modelo continental francés, vigila muy de cerca su actuación (arts. 15 y 53 EstTPI). Acusa en régimen de monopolio, como en los países anglosajones y los que les siguen en la Europa continental, pero la acusación tiene que ser confirmada por ese mismo órgano judicial para que pueda prosperar [art. 61.7 a) EstTPI]. A la primera de esas funciones, núcleo de este artículo, dedico el apartado siguiente; a la acusación, el tercero y último. El control al que me refería anteriormente será explicitado en los mismos.

Sólo avanzaré que el Estatuto no dedica ni una sola palabra a la Policía cuando establece y desarrolla las funciones del fiscal, lo cual es más que significativo, porque lo que se pretende es dejar este tema a la cooperación con los Estados parte, a la vista del art. 87.1 b) EstTPI, y sólo a través de INTERPOL. En cualquier sistema de enjuiciamiento criminal del mundo hoy, sea acusatorio puro o acusatorio formal, la Policía ocupa un papel destacado como ayudante de jueces y fiscales en la investigación. Que el EstTPI no regule nada al respecto con carácter propio puede poner en peligro la propia investigación, porque las normas a aplicar entonces serán las de cada Estado parte en donde se tenga que desarrollar la investigación, lo cual difuminará sin duda el éxito que se pretende.

2) La Sala de Cuestiones Preliminares como órgano judicial no garantista

La intervención judicial durante la fase de investigación del proceso penal ante el TPI se materializa a través de la Sala de Cuestiones Preliminares, órgano judicial del TPI, de acuerdo con el art. 39 EstTPI, en donde se dispone su composición (uno o tres magistrados, depende)⁵⁴.

52. Véase CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *La corte penal internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 58 a 61.

53. Vide el art. 15.1 del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte de 9 de septiembre de 2002, que se puede consultar en [http://www.un.org/law/icc/apic/apic\(s\).pdf](http://www.un.org/law/icc/apic/apic(s).pdf).

54. Véanse sobre la SCP, ACOSTA ESTÉVEZ, J. A., "La estructura orgánica y la composición personal de la Corte Penal Internacional", en AA.VV., *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 195 a 244; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., "The Role of the Prosecutor", en POLITI, M./NESI, G., *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Ashgate, USA, 2001, pp. 55 a 58; JARASCH, F., "The Rules of Procedure and Evidence concerning the Composition and Administration of the International Criminal Court", en FISCHER, H./KRESS, C./LÜDER, S. R. (eds.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law, Current Developments*, Ed. Berling Verlag Arno Spitz GmbH, Berlín, 2001, pp. 155 a 172; JONES, J. R. W. D., "Composition of the Court", en CASSESE, A./GAETA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. II, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 235 a 268;

No es, sin embargo, como pudiera pensarse atendido un modelo de proceso en el que instruye el fiscal, el órgano al que corresponde durante la fase de investigación la función garantista y de tutela de los derechos fundamentales del acusado tratándose de actuaciones que puedan implicar restricciones de los mismos (secreto de las comunicaciones, inviolabilidad de domicilio, injerencias corporales). Ni un solo precepto del EstTPI le atribuye esa función, a pesar de ser el órgano judicial de la investigación (Parte V), y no creo que sirva de fundamento el texto del art. 57.3 c) EstTPI, cuando le otorga como función proteger a las personas detenidas o que hayan comparecido en virtud de una orden de comparecencia. La función garantista, para sorpresa y grande, se atribuye a los órganos judiciales de los Estados parte por la vía de la cooperación, y casi de forma tangencial, puesto que como otra forma de cooperación se regula en el art. 93.1 h) EstTPI la obligación del Estado parte de practicar allanamientos, o cualquier otro tipo de asistencia en los términos de la letra l) de ese mismo precepto y número.

Pero, además, sorprende también que, partiendo de la vigencia del modelo anglosajón de instrucción, por tanto, investigando el fiscal, en realidad la intervención de la SCP se configure mucho más allá de lo que en ese sistema se pretende, bastante más cerca, por tanto, del modelo continental francés. Si se observa el art. 57 EstTPI, la confirmación de lo dicho es irrefutable, pues entre sus funciones destacan⁵⁵:

a) Decretar la orden de detención (también de prisión preventiva, v. infra), bien es cierto que a solicitud del fiscal [arts. 57.3 e) y 60.5 EstTPI];

b) Decretar la orden de comparecencia, también a solicitud del fiscal (art. 57.3 e) EstTPI);

c) Decretar la libertad provisional del imputado (art. 60 EstTPI);

Nada que objetar a estas funciones de la SCP, puesto que como órgano judicial le corresponde autorizar las medidas cautelares restrictivas de libertad.

d) Dictar las resoluciones (providencias u órdenes) que sean necesarias para la investigación, a petición del fiscal [art. 57.3 a)], o de la defensa [art. 57.3 b)], sin perjuicio de las que debe adoptar de oficio.

e) Autorizar al fiscal a que practique determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado parte que no coopera, bien porque no quiere bien porque no puede, en los términos del art. 57.3 d) EstTPI;

En los dos casos anteriores las funciones de la SCP se alejan claramente de las que corresponden a un órgano judicial en un modelo acusatorio de investigación, pues se invaden competencias claras del fiscal, sobre todo en el primer supuesto, pues ni en Inglaterra ni en USA se admitiría nunca que un juez pudiera investigar el crimen de oficio.

f) Practicar la prueba anticipada, o como se denomina en la extraña terminología del EstTPI, adoptar disposiciones cuando se presente una oportunidad única de proceder a una investigación (art. 56);

Esta función es propia también del ejercicio de potestad jurisdiccional que como órgano judicial tiene la SCP, por tanto, nada que objetar.

g) Adoptar las medidas de protección y aseguramiento previstas en el art. 57.3 c) EstTPI, sin duda porque se piensa ("cuando sea necesario") que dispensadas por el Tribunal pueden ser mucho más eficaces que las que pueda tomar la Fiscalía.

h) Confirmar la acusación (cargos) presentada por el Fiscal (art. 61 EstTPI), lo que implica *de facto et de iure* autorizar la celebración del juicio oral en contra del acusado⁵⁶.

Algunas de estas funciones⁵⁷ implican realmente un férreo control de la actuación del fiscal. Ello revela claramente las grandes dificultades que ha habido para llegar al consenso y la lucha entre modelos a que hacía referencia al principio, corroborando la opinión de que el modelo adoptado por el EstTPI no se corresponde exactamente con ninguno de los conocidos hasta ahora, siendo la

LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional...*, cit., pp. 87 a 96; RWELAMIRA, M., "Composition and Administration of the Court", en LEE, R. S., *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Ed. Kluwer International Law, The Hague-London-Boston, 1999, pp. 153 a 175; y también RWELAMIRA, M., "Office of the Prosecutor", en LEE, R. S., *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ed. Transnational Publishers, USA, 2001, pp. 259 a 263.

55. Puede verse la sistematización que aborda sobre las funciones de la SCP en manera tripartita CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *La corte penal...*, cit., pp. 74 y 75.

56. Véase LEWIS, P., "The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court: Confirmation Hearing to Trial", en FISCHER, H./KRESS, C./LÜDER, S. R. (eds.), *International and National Prosecution...*, cit., pp. 219 a 235.

57. Puede consultarse también la clasificación sugerida por GUERRERO, "Algunos aspectos del procedimiento penal procedimiento penal en el Estatuto de Roma de la CPI", en AMBOS, K. (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 256.

influencia del principio acusatorio también distinta a lo que cabía esperar al contemplar el modelo anglosajón. Importante a nuestros efectos, el desarrollo del principio acusatorio en el procedimiento preliminar de este proceso no implica que el fiscal sea el dueño y señor de la investigación, ni mucho menos la Policía (de los Estados parte) materialmente bajo sus órdenes. Estas características que confirman un sistema híbrido no se sabe en estos momentos si favorecerán la aplicación de las normas procesales o no. Como originalidad, contribuye sin duda a su estudio, pero pongo en duda con prudencia su eficacia.

D) Sobre el ejercicio de la competencia por el TPI y la legitimación para pedir la incoación de la causa

De una manera extraña para nosotros, el EstTPI regula en el art. 13 el ejercicio de la competencia por el TPI, cuando en realidad lo que establece es la legitimación única y exclusiva del fiscal para solicitar al TPI el inicio del proceso penal.

El TPI es competente para conocer de los delitos fijados en los arts. 5 y 70 EstTPI, en los que, naturalmente, no voy a entrar. Tiene, pues, competencia objetiva y funcional para ello, siendo el criterio territorial prácticamente universal conjugando todas las normas del EstTPI al respecto⁵⁸ (v., en particular, su art. 12), es verdad que de acuerdo con lo que se llama el principio de complementariedad o de subsidiariedad, consagrado en el art. 1 EstTPI, por el que el TPI, como veremos más adelante, sólo actúa cuando un Estado parte no quiere o no puede enjuiciar a una persona por alguno de los delitos para los que aquél es competente.

Por ello, la competencia del TPI se fija en abstracto e independientemente de hechos o situaciones precedentes, como acertadamente dispone el art. 11.1 EstTPI. Que este texto legal regule a continuación en el art. 13 el ejercicio de la competencia es un grave error conceptual, incluso en los países anglosajones.

Ahora bien, una vez se ha producido el hecho o la situación, y el legitimado para ello ha presenta-

do el caso ante el TPI, éste debe analizar si es competente y si es admisible el asunto, es decir, en nuestra terminología, debe analizar la concurrencia de los presupuestos de jurisdicción y competencia.

Pues bien, desde esa perspectiva, el procedimiento comienza por la apertura de una investigación, pero no como en el Derecho Procesal Penal de cualquier Estado transmitiendo una persona a la autoridad pública de persecución la *notitia criminis* mediante la denuncia, o de oficio por la Policía o el Ministerio Público, o el juez instructor donde lo haya, sino mediante un complicado sistema de articulación de iniciativas para promover la investigación a diversos órganos públicos, que en todo caso quedan sometidos a un procedimiento de control en el que, sólo superando diversas exigencias, hay perspectivas de triunfar.

Pero ahora no hay que entrar en cómo se inicia la investigación, pues esto lo veremos inmediatamente. En estos momentos hay que analizar que, como consecuencia de ese particular sistema antes apuntado, la competencia del TPI está en juego, porque para el EstTPI los diversos órganos que pueden promover la apertura de una investigación y, por tanto, del proceso penal ante el TPI, son los que provocan con su solicitud que el TPI, en su condición de Tribunal Internacional único, decida si va a ser competente o no para tramitar la causa que pretende el órgano público.

Así es. Según el art. 13 EstTPI, están autorizados para solicitar al fiscal que inicie una investigación cualquier Estado parte y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Naturalmente, el fiscal del TPI puede ordenar él mismo el inicio de la investigación. En cualquier caso, el fiscal es el único legitimado para iniciar una investigación, por lo que tanto el Consejo de Seguridad de la ONU como cualquier Estado parte deben dirigirse a él según ese mismo precepto con ese fin.

El tratamiento procesal de la petición formulada por cualquier Estado parte o por el Consejo de Seguridad⁵⁹ es el mismo. Ambos pueden remitir por escrito (v. regla 45 RegPP) al fiscal una "situa-

58. Véase BERGSMO, M., "El régimen de la competencia de la Corte Penal Internacional" (Parte II, arts. 11 a 19), en AMBOS, K./GUERRERO, O.J. (comp.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Ed. Universidad Externado, Bogotá, 1999, pp. 183 y ss.

59. Al ser el Consejo de Seguridad un órgano de la ONU que adopta decisiones de carácter puramente político, las críticas a su inclusión como promotor de la acción están servidas. Obsérvese que de sus cinco miembros permanentes, Francia ratificó el Estatuto el 9 de junio de 2000, el Reino Unido el 4 de octubre de 2001, Estados Unidos lo firmó el 31 de diciembre de 2000 pero ha anunciado su no ratificación, Rusia también lo firmó el 13 de septiembre de 2000 pero no lo ha ratificado y China ni ha firmado ni ha ratificado el Estatuto. Para más información sobre el Consejo de Seguridad se puede consultar <http://www.un.org/spanish/docs/sc.htm>.

ción⁶⁰ en la que se haya cometido aparentemente uno o varios crímenes objeto de la competencia del Tribunal (los regulados en el art. 5 EstTPI). En cambio, si es el fiscal ante el TPI quien ha iniciado la investigación de acuerdo con el art. 15 EstTPI, cuestión que es más problemática de lo que parece, como veremos infra, debe solicitar autorización a la SCP. Sea como fuere, por tres vías el fiscal tiene ante sí un crimen muy grave de gran trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

El art. 13, al recoger estos supuestos, cree que es un tema de "ejercicio de la competencia", porque así reza el título oficial del artículo, pero en realidad debería llamarse "de la promoción de la investigación", ya que el fiscal, por cualquiera de esas tres vías va a presentar el caso ante el TPI, y éste va a decidir si lo admite a trámite o no. No es que se ejerza la competencia, sino que quien está legitimado para hacerlo plantee el caso ante el TPI para que éste analice si es competente o no para conocer de él.

Hay una gran diferencia, sin embargo, de cómo se promueve la fase de investigación del proceso penal ante el TPI, porque:

a) Si lo promueve cualquier Estado parte o el Consejo de Seguridad, el fiscal está obligado a presentar el caso ante el TPI sin más, es decir, sin posibilidad de hacer valoraciones propias, ni siquiera practicar investigaciones mínimas o complementarias. Increíblemente esto no se dice en el EstTPI ni tampoco en las RegPP, pero se deduce de una interpretación conjunta de los arts. 13, 14 y 53 EstTPI. Naturalmente, el TPI analizará si admite o no el caso, pero entre este control y la promoción no hay ninguna traba intermedia;

b) En cambio, si es el fiscal quien ha iniciado de oficio la investigación, porque el crimen le ha llegado por cualquier medio, entre los que no se descarta la denuncia de las víctimas, antes de poder promover el asunto ante el TPI necesita autorización de la SCP, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 15 EstTPI, en relación con el art. 53 del mismo texto legal⁶¹, control absurdo donde los haya, que sólo se puede explicar por el consenso antes aludido.

Esto lleva a internacionalistas y penalistas a distinguir varios modos de ejercitar la competencia, en realidad, como hemos visto, a fijar clases de promoción de la investigación: La primera sería la competencia universal, cuando sea el Consejo de Seguridad el que tome la iniciativa. La segunda sería la competencia automática cuando sea un Estado parte en el Estatuto el que remita una situación; y, por último, la facultativa u opcional, cuando sea un Estado no parte, en cuyo caso, para que el Tribunal ejerza su competencia, será necesaria la aceptación (art. 12.2) de la misma por el Estado del territorio en donde se hubiera cometido el crimen (criterio de territorialidad) o por el Estado de la nacionalidad del acusado (criterio de nacionalidad)⁶². Pero esta terminología es extraña al Derecho Procesal, carece de sentido y además no añade en realidad nada que tenga consecuencias procesales específicas más allá de lo indicado.

Y no hay más promotores ni personas físicas ni otras personas jurídicas, gubernamentales o no⁶³.

II. La investigación del delito

El trámite subsiguiente⁶⁴ es que el TPI analice si es competente para conocer del caso, es decir, es-

60. Por "situación" debe entenderse la alegación de una serie de hechos que se encuentren incardinados en un conjunto de circunstancias, como por ejemplo una guerra. El propósito del fiscal será averiguar qué crímenes se han cometido y quién los ha cometido. Vide comentario de NTANDA NSEREKO, D.D., "Article 18 Preliminary rulings regarding admissibility", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute...*, cit., p. 396.

61. FRIMAN, H., "Investigation and Prosecution", en LEE, R., *The International Criminal Court, elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ed. Transnational Publishers, Ardsley, 2001, p. 494.

62. Véanse RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., "Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: Condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales", en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, núm. 4, Ed. BOE, Madrid, 2000, pp. 177 a 179; KAUL, H. P., "The International Criminal Court: Jurisdiction, Trigger Mechanism and Relationship to National Jurisdictions", en POLTI, M./NESI, G., *The Rome Statute...*, cit., pp. 59 a 64; y LINDENMANN, J., "The Rules of Procedure and Evidence on Jurisdiction and Admissibility", en FISCHER, H./KRESS, C./LÜDER, S.R. (eds.), *International and National Prosecution...*, cit., pp. 173-190.

63. En el Proyecto de Estatuto de 1994, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU rechazó extender la legitimación activa a tres categorías de sujetos: Las Organizaciones Internacionales Gubernamentales, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y las personas físicas. Vide LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional...*, cit., pp. 174 y 175. El Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1994 puede consultarse en BASSIOUNI, M.C., *Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, Ed. Érès, Nouvelles Études Penales, Toulouse, 1993, pp. 257 a 375.

64. Sobre el procedimiento en general, v. JIMÉNEZ FORTEA, F. J., "El procedimiento ante el Tribunal Penal Internacional", en AA.VV., *Hacia una Justicia Internacional. XXI Jornadas de Estudio*, 9 a 11 de junio de 1999, Ed. Ministerio de Justicia-Banco Santander Central Hispano-Civitas, Madrid, 2000, pp. 619 a 634. Es interesante consultar también TOCHILOVSKY, V., "Legal Systems and Cultures in the International Criminal Court: The Experience from the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en FISCHER, H./KRESS, C./LÜDER, S. R. (eds.), *International and National Prosecution...*, cit., pp. 627 a 644.

tudie su admisibilidad, directamente si el Fiscal le presenta el caso de acuerdo con la documentación recibida de un Estado parte, conforme al art. 14 EstTPI, o del Consejo de Seguridad, o previa autorización de la SCP si fue el Fiscal quien inició de oficio la investigación. Pero antes hay que estudiar precisamente que el asunto pueda llegar a manos del TPI para admisibilidad, porque el EstTPI establece un filtro previo dentro de la subfase de inicio de la investigación que debe ser tenido muy en cuenta, que es la autorización de la SCP.

A) Inicio de la investigación

En efecto, si el fiscal inicia la investigación de oficio, porque ha recibido por el medio que sea una información acerca de un crimen competencia del TPI (art. 15.1 EstTPI), debe ante todo analizar la veracidad de la información recibida, lo que implica la posibilidad de recabar más información, documental o de otra clase, de las personas jurídicas mencionadas en el art. 15.2 EstTPI (v. también regla 104 RegPP), sin perjuicio de poder recibir testimonios escritos u orales. Este mecanismo formal de activación⁶⁵, en manos del fiscal, quien recordemos ostenta en régimen de monopolio el ejercicio de la acción penal, lleva a un examen preliminar, previsto en el art. 15.6 EstTPI, que es paso previo necesario para el inicio de una investigación formal (art. 53 EstTPI).

Tras el análisis de veracidad efectuado, pueden darse tres resultados, sin salirnos del ámbito competencial en estos momentos del fiscal ante el TPI:

1.º El fiscal puede llegar a la conclusión de que existe un fundamento suficiente o razonable para abrir una investigación [arts. 15.3 y 53.1 a) EstTPI y reglas 48 a 50 RegPP]⁶⁶, es decir y en mi opinión, la acusación pública entiende que hay elementos probatorios suficientes para creer que se ha cometido o se está cometiendo un hecho punible que es competencia del TPI, y, además, considera que la causa sería admisible según el art. 17 EstTPI [art. 53.1 b) EstTPI], circunstancias ambas que

deben concurrir necesariamente para poder seguir adelante. Pues bien, en este caso, el fiscal no puede abrir de oficio con carácter formal la investigación del crimen o situación criminal informada, sino que tiene que solicitar a la SCP que le autorice para ello (v. infra).

2.º El fiscal puede llegar a la conclusión de que no hay fundamento ni razonable ni suficiente para abrir la investigación. El EstTPI (art. 53.2) fija un procedimiento estricto a seguir en este caso, que veremos también más adelante, complementado por las reglas 104 a 110 RegPP.

3.º El fiscal llega a la conclusión de que hay fundamento razonable o suficiente y de que la causa es admisible, pero entiende que perseguir el hecho "no redundaría en interés de la Justicia", aun siendo consciente de la gravedad del crimen y conociendo el interés que pueden tener las víctimas [art. 53.1 c) EstTPI], razón por la que acuerda no perseguir el hecho, comunicando su decisión a la SCP. En este plano es difícil explicar qué debe entenderse por "redundar en interés de la justicia". Esta frase, de origen anglosajón y a la que el EstTPI se refiere varias veces con relación a actos o momentos distintos⁶⁷, no es nada clara, y va a ser muy importante lo que diga el TPI al respecto en el futuro, puesto que en realidad es una norma procesal que otorga una facultad discrecional a su destinatario, por lo que puede llevar a consecuencias muy graves, por ejemplo, si se utiliza para justificar, con base en determinados intereses políticos, la impunidad de determinada persona muy relevante, es decir, para una actuación arbitraria sabedor su agente de su casi imposible control. La doctrina, que tampoco ha estado especialmente brillante hasta ahora en este tema, piensa que la frase puede hacer referencia, en primer lugar, a que el hecho o situación no merezca sobrecargar más de asuntos al TPI, argumento difícil de admitir cuando todavía no se sabe qué volumen de causas va a tener, aunque pueda ayudar a un minucioso estudio de cada caso⁶⁸; en segundo lugar, se piensa en que un asunto no redundaría en interés de la Justicia si fuera inútil castigar al culpable por su estado mental o por su elevada

65. Vid. ARSANJANI, M. H., "Reflections on the Jurisdiction and Trigger-Mechanism of the International Criminal Court", en HEBEL, H. A. M./ LAMMERS J. G./SCHUKKING, J. (ed.), *Reflections on the International Criminal Court*, Ed. T.M.C. Asser Press, La Haya, 1999, pp. 57 a 76.

66. Curiosamente, el art. 15.3 EstTPI se refiere a "fundamento suficiente", pero en el art. 53.1 EstTPI se habla de "fundamento razonable". Esto sólo ocurre en la versión española, ya que en la versión inglesa (*reasonable basis*) y en la francesa (*base raisonnée*), se utiliza la expresión "razonable". Véase GUERRERO, O. J., *Algunos aspectos del...*, cit., p. 236.

67. Además de en esa norma, v. arts. 53.2 c), 55.2 c), 61.2 b) II y 65.4 EstTPI; también las reglas 69, 82.5, 100 y 165.3 RegPP.

68. En este sentido, BEHRENS, H. J., "Investigación, juicio y apelación. El proceso penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (partes V, VI y VII)", en AMBOS, K./GUERRERO, O. J. (comp.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., p. 319.

edad⁶⁹. La frase se ha de interpretar, además, en relación con circunstancias tales como la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, la edad o enfermedad del presunto autor y su grado de participación en el crimen, por así exigirlo las normas de referencia, pero tiene contenido propio.

Obsérvese que da la impresión que del examen preliminar del fiscal dependa el inicio formal de la investigación y, por tanto, que un día se pueda acusar a una persona por haber cometido uno de los delitos tan graves competencia del TPI, tal y como ocurre en el proceso penal angloamericano, en donde tendríamos que contemplar de alguna manera también el relevante papel de la Policía en esta fase. Pero nada más lejos de la realidad, ya que lo que decida el fiscal tras ese examen previo está sometido a un férreo control judicial, pues la SCP vigila todas las decisiones instructorias y el inicio de la investigación es la primera de ellas⁷⁰. Bajo ningún concepto se ha querido en este proceso penal un fiscal independiente⁷¹, como remarcábamos al principio de este escrito, y, para muestra, el botón que sigue.

En efecto, tras su examen preliminar el fiscal puede tomar dos decisiones, en función de si considera que existe fundamento razonable para abrir la investigación, o que no existe ese fundamento y, por lo tanto, se niega a solicitar la apertura formal de la investigación.

1) Decisión a favor de la investigación: Si el fiscal entiende que debe abrirse la investigación, presentará ante la SCP una petición de autorización para ello (art. 15.3 EstTPI).

Recuerdo que, en mi opinión, la autorización de la SCP sólo es procedente solicitarla cuando el fiscal haya actuado de oficio conforme al art. 15.1 EstTPI. Si la promoción del caso se ha efectuado por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad de la ONU, el fiscal está obligado a tramitar la petición, ciertamente pudiendo realizar una investigación previa, a la SCP, que pasa directamente a analizar su admisibilidad, sin que se pueda dar lugar al examen preliminar del fiscal sobre si hay fundamento razonable o no, y demás requisitos del art. 53 EstTPI. Pero veamos los tres supuestos:

a) En caso de iniciativa del fiscal de oficio, la autorización de la SCP está sujeta al procedimiento previsto en los núms. 3 y 4 del art. 15 EstTPI: El fiscal presentará la correspondiente petición escrita de autorización de apertura formal de la investigación ante el órgano jurisdiccional, acompañando la documentación justificativa que haya reunido. A continuación la Sala valorará si hay fundamento suficiente para abrir la investigación.

Resalto la particularidad de que en el caso de que se ponga en peligro la vida y el bienestar de las víctimas y testigos, o de que pueda dañarse la integridad de la investigación, el fiscal debe comunicar a las víctimas que ha solicitado esta autorización, para que puedan hacer observaciones por escrito a la SCP; ésta puede ordenar la celebración de una audiencia en la que se oiga al fiscal y a las víctimas que hayan presentado observaciones, las cuales recibirán notificación de la decisión de la Sala (regla 50 RegPP)⁷².

Si la Sala concede la autorización, para lo que debe valorar también que el asunto sea competen-

69. V. BERGSMO, M./KRUGER, P., "Article 53 Initiation of an investigation", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute...*, cit., pp. 709 y 711; y TURONE, G., "Powers and Duties of the Prosecutor", en CASSESE, A./GAETA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute...*, cit., pp. 1.153, 1.173 y 1.174.

70. Los supuestos de supervisión y control de la SCP se recogen en muchos preceptos: Art. 15.3, petición por parte del fiscal de autorización para la apertura de la investigación formal cuando actúa de oficio; art. 18.2, cuestiones que se susciten en caso de inhibición del fiscal a petición del Estado que esté investigando los hechos; art. 18.6, autorización para llevar a cabo investigaciones de oportunidad única o exista riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles posteriormente; art. 19.3, petición al Tribunal para que se manifieste sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad; art. 19.8, solicitud de autorización para practicar las diligencias que se recogen en este artículo mientras la Sala resuelve acerca de su competencia; art. 53.3, las resoluciones del fiscal de no abrir diligencias son revisables a petición del Consejo de Seguridad o Estado parte o, si está basada en criterios de oportunidad, de oficio por la propia SCP; arts. 54.2 b) y 57.3 d), la SCP podrá autorizar al fiscal para adoptar determinadas medidas investigadoras en el territorio de un Estado parte sin haber obtenido la cooperación de éste; art. 58.1 y 7, emisión por la SCP de una orden de detención o de una orden de comparecencia voluntaria de una persona; art. 61.2, confirmación por la SCP de los cargos formulados por el fiscal antes del juicio; art. 61.4, comunicación a la SCP de la retirada de cargos; y art. 61.9, confirmación por la SCP de la modificación de los cargos. Vide GÓMEZ GUILLAMÓN, R., "La instrucción (investigación) en la Corte Penal Internacional", en GÓMEZ GUILLAMÓN, R. (coord.), *Derecho Penal Internacional. Jornadas celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia de Madrid los días 21, 22 y 23 de junio de 1999*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999-IV, Ed. CEJAE, Madrid, 1999, p. 263.

71. La independencia del fiscal fue uno de los temas más polémicos de la Conferencia de Roma. Véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., "The Role of the International Prosecutor", en LEE, R., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute-Issues, Negotiations, Results*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 175 a 188.

72. Consúltese GUERRERO, O. J., *Algunos aspectos del...*, cit., p. 242.

cia del TPI, entonces autoriza la apertura de la investigación. Si la deniega, no todo está perdido, pues el fiscal puede reiterarla, con base en la misma situación, si se aportan nuevos hechos o pruebas (art. 15.5 EstTPI).

b) La segunda posibilidad es que la promoción se haya efectuado por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad:

1") Cuando haya sido un Estado parte el que haya remitido la información sobre la situación, el fiscal no necesita la autorización de la SCP para iniciar la investigación, pero debe informar de su decisión de investigar no sólo al Estado remitente, sino a todos los Estados parte y a aquellos que ejercerían normalmente⁷³ su jurisdicción sobre los crímenes de los que se trate (art. 18.1 EstTPI). A partir de la notificación, los Estados interesados disponen de un mes de plazo para comunicar las actuaciones emprendidas por las autoridades nacionales, lo que podrá suponer la inhibición del fiscal, salvo que la SCP decida autorizar la investigación por entender que dicho Estado no está dispuesto o no puede realmente llevar a cabo la investigación. En este sentido, el fiscal goza de amplias facultades funcionales, ya que puede supervisar las investigaciones que realicen las autoridades nacionales, pudiendo reexaminar su inhibición (art. 18.3 EstTPI), solicitar informes periódicos sobre la marcha del proceso (art. 18.5 EstTPI), o incluso pedir a la SCP que le autorice para llevar a cabo las indagaciones que estime necesarias para asegurar la obtención de pruebas cuando exista una oportunidad única de proceder a una investigación (arts. 18.6 y 56 EstTPI).

2") Cuando el remitente de la información sobre la situación sea el Consejo de Seguridad de la ONU [art. 13 b) EstTPI], el procedimiento es un poco más rápido, porque el fiscal ni precisa tampoco la auto-

rización de la SCP, ni debe notificársela a ningún Estado (art. 18 EstTPI a contrario)⁷⁴. Destaco sobre todo el gran poder que tiene el Consejo de Seguridad, en que están con carácter permanente Estados opuestos al TPI⁷⁵, y sólo él, de tener permitido aprobar una resolución pidiendo al TPI que suspenda la investigación (o el enjuiciamiento) por plazo que no excederá de un año, si bien puede renovarse tal solicitud (art. 16 EstTPI)⁷⁶. Esta petición de suspensión se puede formular en cualquier fase del procedimiento. Tiene como fundamento que el proceso pueda poner en peligro la paz y la seguridad internacionales y debe haber sido adoptada mediante una resolución formal al efecto con arreglo al procedimiento seguido en aplicación del Capítulo VII de la Carta de la ONU⁷⁷.

2) Decisión en contra de la investigación: La valoración negativa por el fiscal, es decir, su decisión de no investigar, tiene efectos distintos en función de quién haya promovido la investigación. Para el EstTPI, la decisión en contra de la investigación únicamente puede fundarse en que:

1.º) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia;

2.º) La causa es inadmisibile; o

3.º) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la Justicia (art. 53.2).

a) Si el fiscal ha iniciado motu proprio una indagación preliminar y llega a la conclusión de que no procede solicitar a la SCP la apertura formal de la investigación por alguna de esas causas, debe informar de la decisión a la SCP y a quienes le presentaron la información, es decir, víctimas, organizaciones no gubernamentales, etc. (art. 15.6). Lógicamente, la decisión debe ser motivada, exponiéndose por tanto las razones por las que el fiscal ha decidido no investigar. La decisión no impide

73. El término "normalmente", poco acertado desde el punto de vista procesal, debe entenderse referido al supuesto de que el TPI no existiera, en cuyo caso nosotros deberíamos aplicar los arts. 4, 9.3, 21 y 23 LOPJ, es decir, las normas básicas conformadoras del presupuesto procesal de Jurisdicción penal. Vide, con otras palabras, GÓMEZ GUILLAMÓN, R., *La instrucción...*, cit., p. 267.

74. Véanse FERNÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., "The Role of the International Prosecutor", en LEE, R., *The International Criminal Court...*, cit., pp. 175 y ss., esp. pp. 183 y 184; MARCHESI, A., "Initiation of Proceedings before the International Criminal Court", en LATTANZI, F. (ed.), *The International Criminal Court: comments on the draft statute*, Ed. Scientifica, núm. XXIV, 1998, (Studi e documenti di diritto internazionale e comunitario), Napoli, 1998, pp. 121 a 138; y TURONE, G., "Powers and Duties of the Prosecutor", en CASSESE, A./GAETA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute...*, vol. II, pp. 1.137 y ss., esp. pp. 1.159 a 1.162.

75. Por lo que afecta al caso concreto de Estados Unidos, hay mucha documentación. Véase la posición sostenida en SEWALL, S. B./KAYSEN, C. (ed.), *The United States and the International Criminal Court. National Security and International Law*, Ed. Rowman & Littlefield Pub., Lanham MD, 2000.

76. Vid. BERMAN, S. F., "The Relationship between the International Criminal Court and the Security Council", en HEBEL, H. A. M./LAMMERS J. G./SCHUKKING, J. (ed.), *Reflections on the International Criminal Court*, cit., p. 178; y WILLIAMS, S. A., "Article 13 Exercise of jurisdiction", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute...*, cit., p. 350.

77. Véase GARGIULO, P., "The controversial relationship between the International Criminal Court and the Security Council", en LATTANZI, F./SCHABAS, W. A. (ed.), *Essays on the Rome Statute of the ICC*, cit., vol. I, pp. 67-104.

una posterior reconsideración si existen nuevos hechos o pruebas que se comuniquen a través de la pertinente nueva información (art. 15.6).

b) Si la situación en cambio ha sido remitida por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad, la negativa del fiscal debe notificárseles por escrito [art. 53.3 a) EstTPI y regla 105 RegPP]. La notificación debe contener la conclusión a la que llegó el fiscal, considerando lo dispuesto en el art. 68 EstTPI con relación a la protección de las víctimas y testigos. También es preceptiva la notificación a la SCP, de conformidad con el mismo art. 53.3 a) EstTPI, con el fin de que pueda controlar la conformidad a Derecho de tal decisión.

La SCP puede acordar tras su análisis pedir al fiscal que reconsidere su decisión negativa [art. 53.3 a) EstTPI]. La decisión de la Sala de confirmar o no una decisión adoptada por el fiscal exclusivamente en virtud de los párrafos 1 c) o 2 c) del artículo 53, deberá ser adoptada por mayoría de los magistrados que la componen e indicar sus razones. Cuando la SCP no confirme esa decisión del fiscal sobre la no apertura de las investigaciones, es obligatorio que éste decida la apertura de la investigación (regla 110 RegPP), lo que debería obligar en mi opinión, como mínimo, a sustituir a la persona física del fiscal concreto, a efectos de eliminar trabas psicológicas en la investigación.

B) Admisibilidad de la investigación

Aunque el fiscal considere que hay fundamento razonable, o aunque la información haya sido transmitida por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad, conforme a lo acabado de ver, el conocimiento del asunto por el TPI no es automático, sino que se somete a un análisis jurídico de admisibilidad. Decidida que la causa es admisible, la parte perjudicada puede impugnar la correspondiente resolución. Ello nos obliga a distinguir la admisibilidad de la causa de su posible impugnación.

1). Análisis de la admisibilidad de la causa

Se regula en los arts. 17 a 20 EstTPI. Su fundamento parte del hecho de haberse creado el TPI para enjuiciar "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" (art. 17.1 EstTPI, en relación con el párrafo X de su Preámbulo EstTPI y el art. 1), competencia que actúa con carácter complementa-

rio⁷⁸, lo que exige su efectivo control, como veremos más adelante.

La admisibilidad de la causa consiste, pues, como ocurre con los Ordenamientos nacionales internos, en analizar si concurren los presupuestos de Jurisdicción, competencia genérica, competencia objetiva, funcional y territorial, sólo que al ser un tribunal único para todo el mundo, el análisis se reduce a fijar su Jurisdicción y competencia objetiva.

1.º El TPI carece de Jurisdicción si se da alguna de las siguientes circunstancias previstas en el art. 17.1 EstTPI:

a) Que esté investigando o enjuiciando el Estado que tiene jurisdicción sobre el asunto, salvo que no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o no pueda hacerlo;

b) Que habiendo investigado un Estado que tenga jurisdicción, haya decidido no incoar acción penal contra persona alguna, salvo que la decisión lo sea por no estar dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o realmente no pueda hacerlo;

c) Que la persona implicada haya sido ya juzgada con efectos de cosa juzgada, de acuerdo con el art. 20.3; y

d) Que el asunto no sea de gravedad suficiente para que intervenga el Tribunal.

El propio EstTPI da reglas para determinar si hay o no disposición para actuar por parte de un Estado en un asunto concreto (art. 17.2), y para decidir si hay incapacidad para investigar o enjuiciar (art. 17.3).

2.º El TPI carece de competencia objetiva si el crimen que se somete a su consideración por el fiscal no cae dentro del ámbito fijado en el art. 5 EstTPI (también en el art. 70 EstTPI). Ello se deduce inequívocamente del art. 19.1 EstTPI, al ordenar la vigilancia de oficio del presupuesto de Jurisdicción y del presupuesto de competencia objetiva, pues el TPI "se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas". Si estima que no lo es, determinará la admisibilidad (en realidad, la inadmisibilidad), de conformidad con el art. 17 EstTPI.

2) La impugnación de la Jurisdicción y de la competencia

Las decisiones positivas y negativas sobre Jurisdicción (admisibilidad o no de la causa) y competencia objetiva (delito incluido o excluido en el

78. Vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., *Aspectos procesales más relevantes...*, cit., p. 169; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., "La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de "ingeniería jurisdiccional"?", en AA.VV., *La criminalización de la barbarie...*, cit., pp. 383 a 434; LATTANZI, F., "The Complementarity Character of the Jurisdiction of the Court with respect to National Jurisdictions", en LATTANZI, F., *The International Criminal Court, Comments on the Draft Statute*, Ed. Scientifica, Napoli, 1998, pp. 1 a 18; y TRIFFTERER, O., "Article 1 The Court", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute...*, cit., pp. 51 a 64.

art. 5, por ejemplo), pueden adoptarse de oficio, como acabamos de ver, y a instancia de parte, como también sabemos. Tanto en un caso como en otro, la decisión adoptada por la SCP [art. 57.2 a) EstTPI] perjudicará a uno o varios de los interesados, de ahí que el art. 19 conceda recurso por el gravamen causado, otorgando legitimación para recurrir a las siguientes personas físicas y jurídicas (art. 19.2 EstTPI):

a) En primer lugar, al acusado o a la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia; y

b) En segundo lugar, al Estado que tenga jurisdicción sobre la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o

c) Finalmente, al Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12.

Obsérvese que no se concede legitimación para impugnar al Consejo de Seguridad, aunque puede presentar observaciones sobre estos temas, para lo que debe dársele oportunidad de ser oído, al igual que quienes hayan remitido la situación y las víctimas (v. art. 19.3 EstTPI). El fiscal no está legitimado, pero puede pedir a la SCP que se pronuncie sobre el tema (art. 19.3 EstTPI), y está autorizado según el art. 19.10 EstTPI a pedir la revisión de la decisión de inadmisibilidad cuando se hayan producido ("cerciorado cabalmente que han aparecido", dice la norma) nuevos hechos que invaliden los motivos que justificaron la decisión negativa.

La SCP, de acuerdo con la regla 58.4 RegPP, deberá pronunciarse primero sobre las cuestiones de competencia, y a continuación sobre las de admisibilidad.

No se menciona en el art. 19 ante qué tipo de recurso estamos, pero debe ser un recurso de apelación, al emplearse este término expresamente en el art. 18.4 EstTPI. Conocerá de él la propia SCP (art. 19.6), se supone que compuesta por todos los magistrados sin que puedan formar parte los que dictaron la resolución de inadmisibilidad a fin de garantizar la imparcialidad, y la Sala de Primera Instancia si la impugnación se presenta después de la acusación (art. 19.6 EstTPI y regla 60 RegPP). Sorprendentemente, pues no se atiende así a razones de economía procesal, la decisión del recurso es a su vez recurrible, se supone que mediante un segundo recurso de apelación, ante la Sala de Apelaciones (arts. 19.6 *in fine* y 82 EstTPI)⁷⁹.

El momento procedimental oportuno para presentar la impugnación es o antes del juicio o a su inicio, y por una sola vez, según la tajante disposición del art. 19.4 EstTPI, aunque excepcionalmente la SCP podrá autorizar que la impugnación se haga más de una vez o en una fase ulterior al juicio. Si impugna un Estado parte, debe formular su recurso "lo antes posible" (art. 19.5 EstTPI), es decir, en mi opinión, en el momento mismo en que tenga conocimiento del motivo y pueda procedimentalmente recurrir.

Las impugnaciones hechas antes del juicio pueden basarse en cualquier motivo de los recogidos en el art. 17, pero las impugnaciones presentadas al inicio del juicio o posteriormente sólo podrán basarse en que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por los mismos hechos y no sea posible incoar una nueva causa (art. 19.4 EstTPI).

Los efectos de la impugnación son de gran trascendencia de cara a la investigación del crimen, porque si el recurso se formuló por un Estado legitimado, se suspende la investigación que esté llevando a cabo el fiscal (art. 19.7). Sin embargo, éste podrá pedir autorización para practicar, mientras se pronuncia la SCP, aquellas diligencias que expresamente se indican en el art. 19.8, a saber: Indagaciones necesarias de la índole mencionada en el párrafo 6 del artículo 18; tomar declaración a un testigo o recibir su testimonio, o completar la recolección y el examen de las pruebas que hubiere iniciado antes de la impugnación; e impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el fiscal haya pedido ya una orden de detención en virtud del art. 58.

C) Posibilidades de ampliación o de modificación de los hechos punibles investigados

El principio acusatorio admite la posibilidad de ampliación o de modificación de los hechos punibles objeto del proceso, siempre que quede absolutamente garantizado que el acusado podrá defenderse frente a ello. El EstTPI es sensible a esta cuestión pues permite tanto ampliar la investigación a todos los hechos y pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad criminal [art. 54.1 a)], como modificar el hecho punible investigado (así debe deducirse de la referencia que se contiene, si bien de manera sistemática incorrecta, en el art. 58.6).

79. Vid. HOFFMEISTER, F., "Das Vorermitlungsverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof-Prüfstein für die Effektivität der neuen Gerichtsbarkeit im Völkerstrafrecht", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, vol. 13, núm. 59, p. 800.

No olvidemos que la aparición de nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación, justifica la revocación de la decisión de la SCP de no autorizar la investigación (art. 15.5 EstTPI), incluso fundar un examen preliminar anteriormente denegado (arts. 15.6 y 53.4 EstTPI).

La cuestión clave es en estos casos garantizar el derecho de defensa del inculpado, porque si no es así este flagrante ataque contra el principio de contradicción, además de lo que implica por sí mismo directamente, afectaría indirectamente (v. *supra*) de tal manera al principio acusatorio que se podría decir que éste ha sido fatalmente vulnerado, ya que toda acusación exige ofrecer la posibilidad de una defensa efectiva (v. *supra* lo que hemos dicho respecto a la distinción entre principio acusatorio y principio de contradicción, así como su íntima relación). Por eso el EstTP permite al imputado o acusado defenderse frente a nuevos hechos punibles o frente a modificación de los existentes, aunque con una regulación que considero muy tímida y claramente insuficiente (v. arts. 61.4 y 61.9), siendo como es ésta una de las cuestiones clave del proceso penal angloamericano y, por extensión, del modelo continental francés de acuerdo con el entendimiento actualmente vigente en los países más avanzados en los que se aplica, como por ejemplo España.

Las reglas 121.4 y 5 y 128 RegPP complementan el tratamiento de esta cuestión, pero de manera también poco satisfactoria (v. *gr.*, nada se dice de si debe existir conexión o no, o si están prohibidas las variaciones sustanciales o no), razón por la que habrá que acudir a las normas generales que regulan el principio de contradicción y el derecho de defensa, y en concreto los arts. 55.2 c) y 67.1 d) EstTPI para garantizarlo en todo caso de la manera más amplia posible, sin que pueda ser discutido si en estos casos hay interés de la justicia, ya que un proceso en el que no se respete la igualdad de armas (en terminología anglosajona, el principio *due process of law*), no es proceso (pero véase infra más detalladamente sobre esta ambigua frase).

D) Suspensión de la investigación

Es únicamente posible a instancias del Consejo de Seguridad de la ONU, tal y como hemos citado de pasada *supra*, requiriéndose que se adopte una resolución al respecto, conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU. Esta suspensión puede afectar

también al enjuiciamiento, por tanto, una vez comenzado el debate. El plazo de suspensión a acordar por el TPI es de un año, renovable sin límite (art. 16 *in fine* EstTPI).

Las razones por las que una decisión tan grave podría solicitarse y acordarse no se explican en el EstTPI. La experiencia demuestra que, puesto que el Consejo de Seguridad es un órgano político, la esencia de la suspensión girará en torno a cuestiones de esta naturaleza, por ejemplo, no constituir el caso una amenaza contra la paz y la seguridad (con lo que no se cumplirían las previsiones del art. 39 Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945). Pero tampoco es descartable que se piense en acudir a esta posibilidad como medida de protección específica contra alguna persona o grupo de personas (v. *gr.*, militares de determinado país), sobre todo por parte de los países que tienen derecho de veto, o incluso como consecuencia de una negociación política de altísimo nivel que tendría indefectiblemente consecuencias en el proceso ante el TPI (v. *gr.*, gestión pacífica para poner fin definitivamente a un régimen dictatorial)⁸⁰.

E) Medidas cautelares

Cuando se articula un proceso penal se debe pensar en garantizar la celebración del juicio y la ejecución de la posible condena en su caso, por tanto, se deben establecer una serie de medidas cautelares personales y reales que atiendan a esos fines. El EstTPI configura, como ya sabemos, un proceso penal. Por ello ha previsto medidas cautelares personales, en concreto, la comparecencia (forzosa), la prisión provisional (llamada detención) y la libertad provisional, pero no curiosamente medidas cautelares reales (sólo habla de decomiso). Comencemos por las medidas personales.

1) Comparecencia

Tiene como fin garantizar la presencia de una persona ante el TPI, generalmente para ser interrogada o poner de manifiesto su conocimiento natural o técnico de los hechos investigados (art. 54.3 EstTPI). No afecta sólo a los interesados, organizaciones, víctimas, testigos o peritos, como pudiera pensarse, sino también y sobre todo a quien pueda ser sospechoso de haber cometido un delito competencia del TPI (art. 58 EstTPI)⁸¹.

80. Véase GARGIULO, P., "The Controversial Relationship between the International Criminal Court and the Security Council", en LATTANZI, F./SCHABAS, W. A. (ed.), *Essays on the Rome Statute...*, cit., pp. 67 a 104.

81. En este último caso es una medida cautelar personal que equivaldría, salvadas todas las distancias, a nuestra citación para ser oído de los arts. 486 a 488 LECRIM.

La orden de comparecencia, que debería llamarse con mayor precisión de comparecencia forzosa u obligatoria, es acordada directamente por el fiscal [art. 54.3 b) EstTPI], o dictada por la SCP a instancias de quien haya comparecido o del propio interesado [art. 57.3 b) EstTPI].

En lo demás se debe aplicar, siempre que sea procedente y compatible, el régimen jurídico previsto para la prisión provisional (detención para el EstTPI), que consideramos inmediatamente.

2) Detención (prisión) preventiva

El fiscal puede solicitar a la SCP que dicte una orden de detención contra determinada persona sospechosa de haber cometido un delito competencia del TPI, para un mejor esclarecimiento de los hechos (art. 58.1 EstTPI). Al tratarse de un acto restrictivo de un derecho fundamental, el de libertad de movimientos, su acordamiento sólo puede autorizarse por un juez.

Debo indicar que la detención regulada en el art. 58 EstTPI es equivalente, en mi opinión, a nuestra prisión provisional, como se verá inmediatamente. La institución similar a la detención de nuestra LECRIM se regula en los arts. 89 y 92 EstTPI y en la regla 117 RegPP, estableciéndose un régimen jurídico de detención y entrega a ejecutar por las autoridades de persecución del Estado parte o del Estado afectado, a requerimiento de la SCP, siempre que haya motivos de urgencia que lo justifiquen, entregándose a la persona de acuerdo con lo dispuesto en esos preceptos, por tanto, estamos ante una medida cautelar personal que se cumple por cooperación jurisdiccional, por cierto, sin sujeción a plazo alguno, aunque se exige que sea "sin demora" (v. art. 59.2 EstTPI).

La prisión preventiva (detención para el EstTPI, insistimos) ordenada por la SCP una vez iniciada la investigación está sujeta al siguiente régimen jurídico:

a) La causa por la que procede emitir la orden de detención (prisión) es existir motivo razonable para creer que el imputado ha cometido un delito competencia del TPI [art. 58.1 a) EstTPI]. Éste es el presupuesto del *fumus boni iuris*.

b) La detención (prisión) debe ser necesaria para garantizar la presencia del acusado en el juicio, asegurar un desarrollo adecuado de las investigaciones y de la labor del TPI, y, en su caso, impedir que se siga cometiendo ese u otro crimen conexo [art. 58.1 b) EstTPI]. Éste es el presupuesto del *periculum in mora*.

c) El escrito de solicitud de una orden de detención (prisión) por el fiscal contendrá los siguientes datos: Identidad de la persona, el crimen que pre-

suntamente se haya cometido, una descripción concisa de los hechos delictivos, un resumen de las pruebas de las que dispone y la razón por la que el fiscal cree necesaria tal medida (art. 58.2 EstTPI).

d) La prisión preventiva requiere que el imputado sea detenido y entregado a la SCP, pero esto no lo realiza ni el fiscal ni la SCP directamente, puesto que el TPI no dispone de Policía propia, sino que se ejecuta, como acabamos de avanzar, por el Estado en el que se encuentra la persona que va a ser detenida (v. art. 58.5 EstTPI), de acuerdo con el procedimiento fijado en el art. 59 EstTPI. El detenido debe ser informado en todo caso de las causas de su detención y de los derechos que le asisten [arts. 55.2 a) y 60.1 EstTPI]. Es importante destacar que la autoridad judicial de ese Estado, conforme a esa norma, debe verificar la legalidad de la orden, quizá porque se es consciente de que cada ordenamiento interno tiene una normativa diferente y es mejor dejarlo a un análisis interno.

e) En cuanto al plazo, sorprende que el EstTPI permita que la vigencia de una orden de detención se prolongue indefinidamente, lo cual es lo mismo que decir que la prisión preventiva en este proceso no está sujeta a plazo máximo alguno de duración (v. art. 60.4), lo que probablemente sea una vulneración del derecho a la libertad y del principio de la seguridad jurídica, del que resultan beneficiados todos los detenidos según los arts. 9.3 y 14 PIDCP de 1966. Sin duda alguna, va también contra el CEDH de 1950 (arts. 5.3 y 14). Si el procedimiento se alarga por culpa del fiscal, la SCP puede considerar el decretar la libertad provisional del preso preventivo, con o sin condiciones (art. 60.4 EstTPI).

f) La orden de detención debe ser revisada necesariamente una vez el imputado comparece, voluntariamente o no, ante el TPI, tantas veces cuantas sea necesario ("periódicamente", dice el art. 60.3 EstTPI), siempre que lo solicite el fiscal o el propio detenido, según esa misma norma. Ello implica la posibilidad de volver a detener a quien, habiendo sido beneficiado por la revisión, fue puesto en libertad (art. 60.5).

g) En caso de que se retiren cargos por el fiscal o no se confirmen, la orden de detención deja de tener efecto respecto a ellos, lo cual implica su levantamiento total si afectan a todos los inicialmente investigados (v. art. 61.10 EstTPI).

3) Libertad provisional

La alternativa a la prisión preventiva es la libertad provisional. Aunque pueda parecer sorprendente que se contemple esta medida a la vista de los delitos tan graves para los que es competente el TPI, su existencia es consustancial con el siste-

ma acusatorio, en el que la libertad prima sobre su privación.

El EstTPI contempla dos posibilidades para acordar la libertad provisional. La primera es por acuerdo de la SCP; la segunda, del Estado ejecutor de la orden. En cuanto a la primera, la SCP, a iniciativa del fiscal o del detenido, puede acordar la libertad provisional como consecuencia de una revisión periódica de las causas de detención al haber cambiado las circunstancias que sirvieron para adoptarla (art. 60.1, 2 y 3 EstTPI).

En cuanto a la segunda, el Estado requerido para ejecutar la orden de detención puede plantear a la SCP si la medida más apropiada en el caso concreto no sería la libertad provisional, por la menor gravedad de los hechos o por la concurrencia de circunstancias urgentes y excepcionales que la justifiquen. La decisión es de la autoridad judicial del Estado ejecutor, pero las recomendaciones de la SCP al respecto son vinculantes ("tendrá plenamente en cuenta"), básicamente porque debe quedar garantizada la entrega y posterior comparecencia ante esta Sala del imputado. Ello se contempla en el art. 59.4 y 5 EstTPI y en la regla 118 RegPP. La libertad provisional puede estar sujeta a una o varias de las condiciones que se fijan en la regla 119 RegPP.

4) Medidas patrimoniales

El daño producido como consecuencia de los ilícitos penales tan sumamente graves que estamos considerando puede ser inmenso, tanto en lo que se refiere a lo cualitativo como a lo cuantitativo por la cantidad de víctimas afectadas, de ahí que sea conveniente pensar también en medidas cautelares reales para asegurar la responsabilidad civil que se fije como consecuencia de la condena, en su caso, de conformidad con el art. 75 EstTPI. Se crea además un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas y sus familias (art. 79 EstTPI).

El EstTPI, como decíamos supra, no regula sin embargo ninguna medida cautelar patrimonial concreta, ni la fianza ni el embargo ni ninguna otra similar. Sólo habla de la posibilidad de adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que pueda beneficiar a las víctimas en el art. 57.3 e), referencia que debe ser suficiente para que se pueda admitir su existencia, si se quiere, al

menos, garantizar precisamente la reparación a las víctimas prevista en el citado art. 75 EstTPI. Piénsese, no obstante, que es más que probable que las autoridades judiciales del Estado parte, una vez superada la crisis (guerra, etc.), hayan adoptado ya las pertinentes medidas al respecto, *v. gr.*, la congelación total de las cuentas bancarias de los presuntos autores, la incautación de sus bienes inmuebles y la inmovilización de su restante patrimonio mobiliario, con lo cual se estará actuando coordinadamente a este respecto por cooperación jurisdiccional, de acuerdo con el propio art. 93, a uno de cuyos apartados se refiere el precepto antes citado.

F) Actos de investigación

El fiscal es el órgano investigador, como sabemos (*v.* art. 15 EstTPI). Para poder realizar con éxito la investigación del crimen competencia del TPI, el EstTPI le otorga una serie de funciones y atribuciones, enumeradas en el art. 54 y fundadas todas ellas en el principio acusatorio, pero sujetas a control por parte de la SCP, lo que implica una incongruencia relevante, pues en el fondo es apartarse notablemente de ese principio nada más reconocerlo. Nada añadiré, sin embargo, sobre esto último, al haberlo tratado ya supra.

1) Funciones y atribuciones investigadoras del fiscal: Sin perjuicio de una lectura detenida del art. 54 EstTPI, destaco las siguientes⁸²:

a) Determinar la responsabilidad penal del imputado, debiendo investigar tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes, practicando todos los actos de investigación que la norma le autorice, en el territorio de los Estados parte o de terceros;

b) Adoptar las medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación;

c) Interrogar a las personas investigadas, las víctimas o los testigos;

d) Adoptar las medidas necesarias para asegurar la confidencialidad de documentos e informaciones, la protección de personas o la preservación de las pruebas.

En la ejecución de la investigación, el fiscal cuidará de respetar los derechos del imputado, y de los terceros que estén afectados por la causa, como las víctimas y los testigos [art. 54.1 b) y c) EstTPI].

82. *Vide* ARBOUR, L./ESER, A./AMBOS, K./SANDERS, A., *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court: international Workshop with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR)*, Ed. Iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Bd S 81), Freiburg im Breisgau, 2000, *passim*; AMBOS, K., "The Role of the Prosecutor of an International Criminal Court from a Comparative Perspective", *The Review-International Commission of Jurists*, 1997, núms. 58-59, pp. 45 a 56.

2) Actos de investigación concretos: A efectos de no alargar innecesariamente esta investigación, me remito sobre este punto a mi artículo sobre la prueba en el proceso ante el TPI, escrito en régimen de coautoría, en donde analizamos detenidamente los actos de prueba y, por tanto, los actos de investigación que se pueden practicar en este proceso⁸³.

G) La posición jurídica del imputado durante la investigación

El EstTPI, incorrectamente, distingue los derechos del imputado, previstos en el art. 55, de los derechos del acusado, regulados en el art. 67, sin duda por influencias del modelo anglosajón⁸⁴. Ello no tiene sentido, porque sus derechos lo son por ser la parte pasiva del proceso penal, independientemente del momento procedimental en que nos encontremos. Otra cosa es que ello influya más en una fase que en otra, pues, por ejemplo, el derecho de defensa es mucho más trascendente, desde el punto de vista garantista, para el imputado en la fase de investigación que en la fase de juicio, pero su estatuto jurídico es y debe ser el mismo. Cualquier otra consideración es una equivocación, sin duda bienintencionada, pero que puede llevar a consecuencias que en nuestro país serían rechazadas sin duda alguna por inconstitucionales. El consenso tiene sus límites⁸⁵.

Éste es, además, el punto de inflexión del sistema acusatorio, plenamente garantista frente a la barbarie del proceso inquisitivo, probablemente practicada, instigada o tolerada por el que hoy es acusado ante el TPI. Por tanto, un proceso acusatorio es el que articula un eficaz juego de pesas y contrapesas en el que frente a los inmensos y sólidos poderes del fiscal, sobre todo durante la investigación, el imputado goce de garantías no menos férreas que pongan freno y límite al poder público perseguidor, llegando a la fase de debate con plena igualdad de armas.

Si el proceso ante el TPI así lo hace, estaremos ante un proceso acusatorio. Si no lo hace o pre-

senta fallas de significada importancia, lamentándolo mucho estaremos ante otra cosa, una variante si se quiere del proceso acusatorio, pero no ante un proceso esencialmente fundado en ese principio.

Entre los derechos más importantes del imputado/acusado destacaré, cómo no, el derecho de defensa. Aquí está la piedra de toque de lo que acabo de mencionar. Cualquier restricción en este derecho es un desvío importante del sistema. El EstTPI establece al respecto que:

a) El imputado tiene derecho a ser asistido por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia⁸⁶ y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes [art. 55.2 c)].

b) El acusado, por su parte, tiene derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, si el interés de la justicia lo exige, a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo [art. 67.1 d)]. Las reglas 20 a 22 RegPP desarrollan estas normas para hacerlas efectivas.

Aparte de la singularidad de permitir, ante la complejidad sin duda de las causas que se verán en este proceso, que el acusado se pueda defender a sí mismo, lo que en sí mismo es favorecer por otra parte un error estratégico grave, me preocupa enormemente que el imputado/acusado "rico" pueda gozar siempre de abogado de confianza a su lado que le defienda y represente sus intereses, y que el imputado/acusado "pobre" sólo lo tenga de oficio si el interés de la justicia lo exige. Yo no sé qué es "interés de la justicia" exactamente, y más arriba me he referido a ello, porque aunque el encausado sea el mayor criminal que ha conocido la historia, tiene también derecho ante todo a un juicio justo, en igualdad de armas, que sólo a través de un abogado puede llegar a alcanzar. El principal interés de la justicia es ser justa, y mal empezamos si hay dos justicias, una para presuntos criminales ricos, y otra para presuntos crimi-

83. GÓMEZ COLOMER, J. L./BELTRÁN MONTOLIU, A., "Aspectos generales sobre la prueba y su práctica en el proceso ante el Tribunal Penal Internacional", en AMBOS, K. (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, cit., pp. 273 y ss.

84. Véanse BERESFORD, S./LAHIOUEL, H., "The right to be defended in person or through legal assistance and the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, 2000, vol. 13, núm. 4, pp. 949 a 984; LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, *Pre-Trial Rights in the Rules of Procedure and Evidence*, February 1999, que se puede consultar en la página web <<http://www.lchr.org/feature/50th/main.htm>>; y BRUER-SCHÄFER, A., *Der Internationale Strafgerichtshof, die internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Band 90, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001, p. 262.

85. En este sentido, v. la explicación de LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional...*, cit., p. 194.

86. Véase lo dicho supra y ZAPPALÀ, S., "The Rights of Persons during an Investigation", en CASSESE, A./GAETA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute...*, cit., vol. II, p. 1.199.

nales pobres. Si el TPI quiere funcionar correctamente, debe entender que en todo caso existe ese interés y obviar la norma por ser injusta y ofensiva, una burla de la propia Justicia. Si fue fruto del consenso, habría sido mejor no llegar a él y que este TPI no existiera, o que se impusiera en lo esencial la tesis constitucionalista española sobre el derecho fundamental a la defensa técnica, que no es nada despreciable frente a los vientos anti-garantistas que se nos vienen encima⁸⁷. Es evidente que en materia de garantías para imputados los Derechos Procesales Penales de los diferentes Estados están aún muy distantes, ello sin perjuicio de la regresión procesal penal que en esta cuestión estamos sufriendo o vamos a sufrir desde el fatídico y que nunca más se repita 11 de septiembre de 2001⁸⁸.

Por lo demás, el EstTPI es muy prolijo en la enumeración de derechos del imputado, por ejemplo⁸⁹: Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable [art. 55.1 a)]; derecho a no ser sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes [art. 55.1, b)]; derecho a estar asistido, sin que le cueste dinero alguno, de un intérprete competente y a obtener las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad [art. 55.1 c)]; derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios, ni ser privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él [art. 55.1 d)]; derecho a ser informado de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia del TPI [art. 55.2 a)]⁹⁰; derecho a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia

[art. 55.2 b)]; derecho a ser interrogado en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada [art. 55.2 d)].

Por lo que respecta al acusado, el EstTPI parte del reconocimiento del derecho a ser informado sobre los derechos y garantías fundamentales que le asisten en el juicio, recogidos en los arts. 66 y 67, que pueden resumirse así⁹¹: En primer lugar, derecho a la presunción de inocencia, en cuya virtud cualquier persona acusada de la comisión de un crimen competencia del TPI será considerada inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme al derecho aplicable (art. 66.1), garantía que aparece recogida también en los principales Tratados internacionales, como el PIDCP de 1969 (art. 14.2), el CEDH de 1950 (art. 6.2), o los Estatutos del TPIY (art. 21.3) y del TPIR (art. 20.3), significando en concreto que si la Fiscalía no consigue probar su culpabilidad "mas allá de cualquier duda razonable" (art. 66.3), se aplicará el principio *in dubio pro reo* y la sentencia será absolutoria.

En segundo lugar, el acusado tiene derecho a una audiencia justa, imparcial y pública (art. 67.1), aunque por diversas circunstancias especiales es posible que el juicio se celebre a puerta cerrada (art. 68.2).

Finalmente, el EstTPI reconoce al acusado una serie de garantías⁹², como por ejemplo: Derecho a ser informado sin demora y detalladamente de los cargos que se le imputan, es decir, derecho a ser informado de la acusación [art. 67.1 a)]⁹³; derecho a disponer del tiempo y medios adecuados para preparar su defensa, y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección [art. 67.1 b)]; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas [art. 67.1 c)]; derecho a hallarse presen-

87. Véase GÓMEZ COLOMER, J. L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal español*, L^a. Bosch, Barcelona, 1988, *passim*.

88. Véase PÉREZ CEBADERA, M. A., "La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre", *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, 2002, núm. 11, pp. 1 y ss.

89. Véase ZAPPALÀ, S., "The Rights of Persons during an Investigation", en CASSESE, A./GAETA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute...*, cit., vol. II, pp. 1.181 a 1.203, esp. p. 1.198; y, del mismo autor, "The Rights of the Accused", en CASSESE, A./GAETA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute...*, cit., vol. II, pp. 1.319 a 1.354, esp. pp. 1.337, 1.338 y 1.349.

90. Algo hemos avanzado. Aunque el Estatuto de Nuremberg contemplaba este derecho en su art. 16 b) el Estatuto del Tribunal Penal Militar para el Extremo Oriente ya no lo recogió, y los Estatutos del TPIY y TPIR tampoco. Curiosamente, la regla 42 RegPP (Derechos de los sospechosos durante la investigación) no lo menciona ni siquiera.

91. Véase el esquema propuesto por LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional...*, cit., pp. 211-213.

92. Vide CONVERTI, A., "The rights of the accused", en LATTANZI, F. (ed), *The International Criminal Court: comments on the draft statute*, Ed. Scientifica, núm. XXIV, 1998 (Studi e documenti di diritto internazionale e comunitario), Napoli, 1998, pp. 219 a 250; RETICO, V., "The Trial of first instance before the International Criminal Court: from the investigation to the hearings", en LATTANZI, F. (Ed.), *The International Criminal Court: comments on the draft statute*, cit., pp. 193 a 208; y ROBERTSON, G., *Crimes Against Humanity, The Struggle for Global Justice*, Ed. Penguin Books, London, 2000, pp. 353 a 360.

93. Véanse el PIDCP [art. 14.3 a)], el CEDH [arts. 5.2 y 6.3 a)], y los Estatutos del TPIY [art. 21.4 a)] y del TPIR [art. 20.4 a)].

te en el juicio [art. 67.1 d)]; derecho a interrogar a testigos de cargo y a que comparezcan los testigos en su favor [art. 67.1 e)]; derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete competente, y a obtener traducción de los documentos necesarios para garantizar la equidad, en su caso, es decir, el principio de igualdad y el derecho de defensa [art. 67.1 f)]; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, y a guardar silencio [art. 67.1 g)]; derecho a declarar sin prestar juramento [art. 67.1 h)]; y finalmente, como derechos probatorios específicos, el de no estar obligado a probar su inocencia (art. 66.2), y a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea imputada la carga de presentar contrapruebas [art. 67.1 i)], teniendo también derecho al intercambio de información probatoria, conocido en el mundo anglosajón como procedimiento de *discovery* (art. 67.2)⁹⁴.

III. La fase de enjuiciamiento previa al juicio oral y público

La fase siguiente es la inmediatamente anterior al juicio oral y público, no expresada como tal en el EstTPI, pero indudablemente existente si analizamos los arts. 61 y concordantes. También está influida por el principio acusatorio, y asimismo de manera sui generis. En ella básicamente, una vez investigados los hechos, situaciones o informaciones, se formula la acusación por el fiscal y se analiza su corrección formal por la SCP.

A) La acusación formal

Siguiendo en parte el modelo norteamericano, la acusación se presenta por el fiscal, el único que puede acusar (recordemos el art. 42 EstTPI), al inicio formal del proceso, una vez el hecho ya está investigado. El EstTPI no llama a la acusación así, sino que habla de "cargos", que deben presentarse por escrito ["documento en que se formulen los cargos", dice el art. 61.3 a), sin mayor precisión⁹⁵]

a la SCP y trasladarse al acusado con antelación suficiente para que tenga tiempo y pueda preparar su defensa.

El acto subsiguiente no es, sin embargo, el juicio, sino la celebración de una audiencia, en presencia del fiscal, del acusado y de su defensor (art. 61.1), que puede tener lugar también en ausencia del acusado si se da alguna de las circunstancias del art. 61.2, para que la SCP controle básicamente si los cargos están bien formulados y, por tanto, confirmarlos, o, al contrario, desestimarlos. Todo ello se prevé en el largo art. 61, muy complejo para quienes estamos acostumbrados a manejarnos con procesos penales acusatorios mixtos.

Para que el análisis pueda tener lugar con fundamento, la acusación debe presentarse en plazo razonable antes de la audiencia (art. 61.3), que la regla 121.3 RegPP fija en al menos treinta días antes de su celebración. Al escrito debe acompañarse las pruebas de cargo suficientes, incluyendo las documentales, o un resumen, y la lista de testigos a declarar (art. 61.5).

B) La audiencia para confirmar cargos

Una vez presentada la acusación se celebrará el día señalado la audiencia para confirmar cargos, cuyo fin principal es autorizar la acusación, es decir, que pueda existir el juicio oral contra el acusado o acusados (v. art. 61 EstTPI)⁹⁶. Para ello la SCP va a analizar los hechos o la situación que ha dado lugar al proceso, las pruebas que se han reunido durante la investigación y la acusación jurídica que se ha formulado, que son los elementos necesarios para proceder a ese control⁹⁷, por cierto, control importante por parte de la SCP, porque sin su aprobación no es posible acudir al juicio oral. Control además que si no se corrige la interpretación de la norma puede ir mucho más allá de lo puramente formal, pues sería posible que la Sala entrara en el fondo del asunto, por ejemplo, para analizar si hay o no delito, si hay o no pruebas de cargo del mismo, lo cual excedería con mucho de las consecuencias jurídicas que se derivan de la

94. Véase CHIESA APONTE, E. L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Ed. Forum, Bogotá, 1995, vol. III, p. 227.

95. En los Tribunales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda (arts. 18.4 y 17.4 de sus respectivos estatutos) sí se expresan los requisitos que debe reunir el escrito de acusación, véanse KLIP, A., "Form of the Indictment, Commentary", en KLIP, A./GÖRAN, S. (ed.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, vol. III: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1997-1999, Ed. Intersentia Hart, Wien, 2001, pp. 122 a 125; y DOWD, J. O., "Form of the Indictment, Commentary", en KLIP, A./GÖRAN, S. (ed.), *Annotated Leading Cases...*, cit., pp. 74 a 80.

96. Véase LEWIS, P., "The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court: Confirmation Hearing to Trial", en FISCHER, H./KRESS, C./LÜDER, S. R. (ed.), *International and National Prosecution...*, cit., pp. 219 y ss.

97. Véase MARCHESIello, M., "Proceedings before the Pre-Trial Chambers", en CASSESE, A./GAËTA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute...*, cit., vol. II, pp. 1.244 y 1.245.

vigencia del principio acusatorio y, desde luego, no es opinión que yo defienda.

El acusado puede adoptar una conducta pasiva o una conducta activa. Pasivamente, se le permite, faltaría más, que se oponga a los cargos o impugnar las pruebas presentadas por el fiscal; mientras que activamente puede presentar pruebas en su descargo (art. 61.7). Es cierto que todavía no estamos en la fase de debate, pero resulta lógico pensar que las pruebas de descargo y elementos de defensa que utilice el acusado no pueden ser muy distintos a los que presente en su día en el juicio si son confirmados los cargos, pero el problema es que aquí no se puede practicar prueba ya que la SCP no es el tribunal competente para el enjuiciamiento (v. art. 64 EstTPI).

Por ello esta audiencia no tiene, a mi juicio, mucha importancia desde el punto de vista del acusado, si el control es formal como definiendo aquí. Está preorientada más bien a analizar la corrección de la acusación por la SCP, aunque puede convertirse a la larga en un trámite inútil, máxime sabiendo que una de sus finalidades principales debería haber sido posibilitar a la víctima que el TPI forzara al fiscal a acusar, como ocurre en los países continentales en los que el fiscal es la única parte acusadora, como por ejemplo sabemos que sucede en Alemania, a efectos de no dejarla indefensa, pero ello no es posible en este proceso para la víctima, ya que el art. 53.2, 3 y 4 EstTPI no se refiere a ella para nada⁹⁸.

Con la formulación de los cargos, el imputado se convierte en acusado (art. 61.2), pero su derecho a la defensa técnica se sigue resintiendo porque, aunque es obvio que como toda audiencia el principio de contradicción debe respetarse, si el acusado no estuviera presente en ella por voluntad propia (renuncia o fuga), sólo estará representado por un defensor "cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia"

(art. 61.2, v. mi comentario sobre esta frase supra). De acuerdo con la interpretación que he sostenido anteriormente también, la participación del defensor debería venir exigida siempre.

Tras el análisis pertinente, la SCP puede decidir (art. 61.7 EstTPI):

Confirmar o no los cargos:

a) La confirmación supone que el proceso continúa adelante, y sin solución de continuidad se entra en la fase de juicio oral y público, asignando al acusado a una Sala de Primera Instancia [art. 61.7 a)], equivaliendo esta decisión, por tanto, a nuestra resolución de apertura del juicio oral;

b) Mientras que si no confirman los cargos [art. 67.1 b)], habría que entender, pues no lo dice el EstTPI, que estamos ante un archivo provisional, porque el fiscal puede pedir nuevamente la confirmación de cargos a condición de que presente nuevas pruebas adicionales (art. 61.8), y si no lo hace, deberíamos entender, de conformidad con el principio acusatorio, que al no haber acusación procede el sobreseimiento libre, cuestión que debería haber dejado clara el EstTPI, para evitar pensamientos relacionados con la espada de Damocles.

2) Poner fin a la audiencia porque ha decidido pedir al fiscal que presente nuevas pruebas, realice investigaciones adicionales o modifique algunos cargos [art. 61.7 c)].

Recordemos que el fiscal puede modificar los cargos incluso cuando éstos ya hayan sido confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares, siempre que se notifique al acusado la modificación propuesta, o que pida una nueva audiencia en caso de que se trate de nuevos cargos (art. 61.9).

C) El principio de oportunidad

Que el ejercicio del principio de oportunidad es posible en este proceso es claro. Hasta de dos nor-

98. Sobre la víctima, que no analizaremos aquí, me remito a estos estudios: BOVEN, T. V., "The Position of the Victim in the Statute of the International Criminal Court", en HEBEL, H. A. M./LAMMERS, J. G./SCHUKKING, J. (ed.), *Reflections on the International Criminal Court*, Ed. T.M.C. Asser Press, La Haya, 1999, pp. 77 y ss.; CHINKIN, C., "The Protection of Victims and Witnesses", en Mc DONALD, G. K./SWAAK-GOLDMAN, O., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Ed. Kluwer Law International, Dordrecht, 2000, pp. 451 y ss.; DONAT-CATTIN, D., "The Role of Victims in ICC Proceedings", en LATTANZI, F./SCHABAS, W. A. (ed.), *Essays on the Rome Statute...*, cit., vol. I, pp. 251 y ss.; MUTTUKUMARU, C. P. J., "Reparations for Victims", en LATTANZI, F./SCHABAS, W. A. (ed.), *Essays on the Rome Statute...*, vol. I, pp. 303 y ss.; TIMM, B., "The Legal Position of Victims in the Rules of Procedure and Evidence", en FISCHER, H./KRESS, C./LÜDER, S. R. (ed.), *International and National Prosecution...*, cit., pp. 289 y ss.; MORRIS, M., "Complementarity and Its Discontents: States, Victims, and the International Criminal Court", en SHELTON, D., *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Ed. Transnational Publishers, Ardsley, 2000; MEKHEMAR, L., "The Status of the Individual in the Statute of the International Criminal Court", en POLITI, M./NE-SI, G., *The Rome Statute...*, cit., pp. 123 a 130; FERNÁNDEZ GURMENDI, S., "Definition of Victims and General Principle", en LEE, R., *The International Criminal Court...*, cit., pp. 427 a 433; BRADY, H., "Protective and Special Measures for Victims and Witnesses", en LEE, R., *The International Criminal Court...*, pp. 434 a 455; BITTI, G./FRIMAN, H., "Participation of Victims in the Proceedings", en LEE, R., *The International Criminal Court...*, pp. 456 a 473; FRIMAN, H./LEWIS, P., "Reparation to Victims", en LEE, R., *The International Criminal Court...*, cit., pp. 474 a 490; y JORDA, C./HEMPTINNE, J., "The Status and Role of the Victim", en CASSESE, A./GAETA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute...*, cit., vol. II, pp. 1.387 a 1.419.

mas importantes se deduce. La primera se refiere a las alternativas a la persecución o prescindencia de la acción, y afecta a la fase de investigación. En su virtud, el fiscal puede llegar a la conclusión de que no solicita la apertura formal de la investigación, por tanto, prescinde del ejercicio de la acción penal, por entender que el caso no redundaría en interés de la justicia [arts. 53.1 c) y 53.2 c) EstTPI], frase que ya hemos comentado supra. A esa conclusión puede haber llegado el fiscal por sí mismo, o como consecuencia de una negociación con el acusado, por ejemplo, en casos de responsabilidad criminal menor a cambio de valiosa información para la persecución de los más grandes y auténticos hacedores del crimen, ponderándose, como es lógico, todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, la edad, la enfermedad en su caso del presunto autor y su posible participación en el crimen.

La segunda se refiere al consenso o negociación, y afecta a la fase de juicio oral. Se produce cuando el acusado se declara culpable [art. 64.8 a) EstTPI], lo que, de darse, abre un procedimiento específico que puede llevar directamente a la condena sin juicio (art. 65). Esa declaración de culpabilidad es, sin duda, normalmente una plasmación procesal de la negociación que entre el fiscal y el acusado se haya podido generar⁹⁹. Naturalmente, los pactos a los que se llegue como consecuencia de la negociación no vinculan al TPI (art. 65.5 EstTPI)¹⁰⁰, razón por la que tienen que ser aprobados por él.

D) Posibilidad de cuestiones previas

De cuestiones previas no habla para nada el EstTPI, pero nadie negará que en todo proceso y, por tanto, en todo proceso penal, se plantean ciertas cuestiones que necesariamente hay que resolver con carácter previo al juicio, porque en

caso contrario lo impiden, provisional o definitivamente. De una lectura atenta del EstTPI se podría desprender que serían cuestiones previas únicamente la litispendencia y la cosa juzgada y la minoridad del inculcado, cuestiones ambas que obstarían al juicio a perpetuidad, siempre y cuando dejemos a salvo la Jurisdicción y competencia objetiva, presupuestos procesales que tienen un tratamiento específico, como ya hemos visto supra, y que de no concurrir excluirían el juicio también para siempre. El EstTPI no regula específicamente causas provisionales de exclusión, aunque algunos supuestos de admisibilidad, como sabemos ya, puedan ser muy similares a ellas, en tanto permiten un nuevo intento si varían las circunstancias (v. art. 19.10) o se realiza una presentación más completa de los hechos conforme al art. 65.4.

a) La litispendencia no se prevé, pero como es lo mismo a estos efectos que la cosa juzgada, que sí que está regulada, no hay problema en su admisión¹⁰¹. La cosa juzgada¹⁰² se contempla en el art. 20, operando como presupuesto procesal que excluye el segundo proceso a perpetuidad, tanto si éste ha tenido lugar ante un Tribunal nacional, como ante el propio TPI, con los límites, lógicos, fijados en el art. 20.3, aunque se plantean cuestiones interpretativas interesantes¹⁰³. El EstTPI no dice cuándo debe plantearse, porque no hay ninguna vista prevista para el tratamiento de estas cuestiones, pero debería admitirse cualquier escrito con sus justificaciones en el momento en que se conozca este dato, y, desde luego, el acusado puede oponerse a la acusación en la audiencia para confirmar cargos alegando estas cuestiones, sin perjuicio de hacerlo también en el acto del juicio. Estimándose la litispendencia o la cosa juzgada, la decisión a tomar, aunque no lo diga el EstTPI, debe ser equivalente a sentencia absolutoria, con todos los efectos procesales inherentes a ello.

99. Véanse LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional...*, cit., p. 210; y LEWIS, P., *Trial Procedure...*, cit., p. 547; TERRIER, F., "The Procedure before the Trial Chamber", en CASSESE, A./GAETA, P./JONES, J. R. W. D., *The Rome Statute...*, cit., p. 1.289; y GUARIGLIA, F., "Article 65 Proceedings on an admission of guilt", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute...*, cit., pp. 823 y ss.

100. Pueden consultarse GUERRERO, *Algunos aspectos del procedimiento penal...*, cit., p. 271; y BEHRENS, H. J., *The Trial Proceedings...*, cit., p. 241.

101. Véase ARSANJANI, M. H., "The Rome Statute of the International Criminal Court: Exceptions to the Jurisdiction", en POLITI, M./NESI, G., *The Rome Statute...*, cit., pp. 49 y ss.

102. Vide TALLGREN, I., "Article 20 Ne bis in idem", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute...*, cit., p. 434.
103. Sobre este punto pueden consultarse, entre otros, WARBRICK, C., "International criminal courts and fair trial", *Journal of armed conflict law*, 1998, vol. 3, núm. 1, p. 46; SWEENEY, D., "International standards of fairness, criminal procedure and the international Criminal Court", *Révue Internationale de Droit Penal*, 1997, vol. 68, núms. 1 y 2, p. 234; y STAPLETON, S., "Ensuring a Fair Trial in the International Criminal Court: Statutory Interpretation and the Impermissibility of Derogation", *International Law and Politics*, 1999, vol. 31, p. 545.

b) La minoridad del inculpado, como causa excluyente de la Jurisdicción, se recoge en el art. 26 EstTPI, acertadamente, pues el TPI no enjuicia a menores de edad en el momento de cometerse el delito. Para ese precepto, la minoría de edad llega hasta los 18 años y se toma como referencia el momento temporal de comisión del crimen. Pues bien, en el caso de que se estuviera inculcando o acusando a un menor de edad, la única manera de sacarle del proceso es considerar el tema como una cuestión previa, a plantear en el momento en que se sepa este dato, por ejemplo, con ocasión de la detención, en la audiencia para confirmar cargos, o incluso en el acto del juicio, pues el EstTPI tampoco resuelve este tema. De aceptarse esta posición, la decisión implicaría poner fin al proceso ante el TPI.

Como no hay aquí inmunidad que valga (v. arts. 27 y 28 EstTPI), ni prescriben los crímenes competencia del TPI nunca (art. 29 EstTPI), éstas son las únicas cuestiones previas que cabría admitir

en este proceso, que de triunfar le pondrían fin, aunque la cobertura formal para ello es en verdad muy deficiente.

Procedimentalmente seguiría la constitución de la Sala de Primera Instancia, órgano del TPI competente para el juicio oral y público (arts. 61.11 y 64 EstTPI, reglas 127 a 130 RegPP), la realización de una serie de actos preparatorios del mismo (art. 64) y, finalmente, su celebración (arts. 69 y ss.). Pero seguir implicaría otra investigación, con su propia constelación de problemas, algunos ciertamente complejos como el tema de las víctimas, que excedería con mucho los límites autoimpuestos, razón por la que ponemos punto final a esta modesta visión crítica particular del novísimo proceso penal ante el TPI, Tribunal absolutamente necesario para el bienestar jurídico de la humanidad, no me cabe ninguna duda sobre ello, a pesar de los numerosos defectos procesales que van a entorpecer su funcionamiento.