

El Fiscal de la Corte Penal Internacional: ¿un nuevo modelo de órgano acusador?

Magdalena Martín Martínez
Profesora titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—II. ORÍGENES Y ANTECEDENTES DEL FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI).—III. ASPECTOS INSTITUCIONALES: LA FISCALÍA COMO ÓRGANO PRINCIPAL DE LA CPI.—IV. PRINCIPIOS REGULADORES DE LA ACTUACIÓN DEL FISCAL.—V. ASPECTOS PROCESALES: EL RÉGIMEN DE LA ACUSACIÓN PENAL EN LA CPI: 1. *La atribución al Fiscal del poder de iniciar el proceso de oficio y el modelo de proceso penal.* 2. *El papel del Fiscal durante la instrucción.* 3. *Las funciones del Fiscal en el juicio oral.* 4. *La intervención del Fiscal en la terminación del proceso.*—VI. REFLEXIONES FINALES.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, la institución del Ministerio Fiscal viene siendo objeto, desde hace algún tiempo, de un intenso debate doctrinal, con repercusiones jurídico-políticas de hondo calado. La polémica en torno a la configuración de la Fiscalía se ha suscitado con extraordinaria fuerza en algunos ordenamientos, como el español o el italiano, sin que hayan faltado análisis realizados desde la perspectiva de derecho comparado¹. Ni siquiera el Derecho comunitario europeo ha podido sustraerse al empuje de tal controversia².

¹ Véase a este respecto L. M. DÍEZ-PICAZO, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000. En cuanto al debate en curso sobre la institución de la Fiscalía en el Derecho interno español, el 11 de noviembre de 2002 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley 121/000121, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, presentado el 15 de noviembre de 2002, y calificado el 19 de noviembre. *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, N. 121-1, de 22 de noviembre de 2002. Asimismo, véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 235, año 2003; Pleno 13 de marzo de 2003, p. 12023.

² Con ocasión de la Conferencia Intergubernamental que concluyó con la adopción del Tratado de Niza, la Comisión presentó una propuesta, que fue rechazada, para la creación de una Fiscalía General

En todo caso, este debate resultaba ajeno al ámbito internacional, en la medida en que los problemas suscitados eran de imposible traslación al campo del Derecho internacional público, debido, entre otras razones, al carácter voluntario de la jurisdicción internacional, a la inexistencia de un Código Penal Internacional, y a la reticencia de los Estados a permitir el establecimiento de tribunales internacionales con competencias en materia penal. Este panorama cambió parcialmente tras la creación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de los Tribunales Internacionales para el enjuiciamiento de los crímenes perpetrados en la ex Yugoslavia (1993), y Ruanda (1994)³, y ha experimentado una sustancial vuelta de tuerca con la entrada en vigor el 1 de julio de 2002, del Estatuto de Roma por el que se instituye la Corte Penal Internacional (de aquí en adelante CPI)⁴.

Al margen de su relevancia en la evolución de la sociedad y el Derecho internacional contemporáneos⁵, nos interesa destacar aquí que el establecimiento de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente, precedida por la experiencia de los dos tribunales especiales, puede contribuir a

Europea, que debería ejercer la acción pública ante las jurisdicciones nacionales en los delitos que afectaran a la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea (Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales. La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: El Fiscal Europeo), COM(2000) 608 final. Esta iniciativa suscitó en su momento una gran controversia, como demuestra la pregunta escrita P-1105/01 a la Comisión, en la que se cuestionó la posibilidad de que se pretendiera extender las competencias del Fiscal más allá de la mera protección de los intereses financieros comunitarios. Con posterioridad, el Parlamento Europeo presentó, el 11 de diciembre de 2001, el llamado «Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades» COM(2001), 715 final (<http://www.db.europarl.eu.int/ocel/ocelRes111>), en el que se insiste en la necesidad y conveniencia de crear una Fiscalía Europea.

³ El Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia fue creado por la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (BOE n.281, 24-11-93). Posteriormente, al objeto de hacer efectiva en nuestro derecho interno la obligación de cooperación con este Tribunal, se aprobó la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, (BOE n.131, 2-6-94). Siguiendo el mismo procedimiento, la Resolución 995 (1994) ordenó la constitución del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes perpetrados en Ruanda (BOE n.123, 24-5-95), más la subsiguiente ley de cooperación, la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio (BOE n.157, 2-6-98). Los dos Estatutos han sido modificados por la Resolución 1329 (2000), de 30 de noviembre. No parece procedente ofrecer un listado de la ingente bibliografía que han generado ambos tribunales, por lo que nos limitamos a recomendar la consulta de las respectivas páginas oficiales en el servidor oficial de las Naciones Unidas y (<http://www.un.org/icty/index/html> y <http://www.un.org/ictf/index/html>).

⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, que, de conformidad con lo previsto en su artículo 126, entró en vigor el 1 de julio de 2002, sexagésimo día a partir de que se depositaran, el 11 de abril de 2002, los 60 (en realidad fueron 66) primeros instrumentos de ratificación. Las Cortes Generales españolas autorizaron la ratificación mediante Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre (BOE n.239, 5-10-2000). El Instrumento de Ratificación, en el que se reproduce el texto completo del Estatuto, se publicó en el BOE n. 126, de 27 de mayo de 2002.

⁵ Sobre este particular, en la doctrina española cabe la consulta de C. GUTIÉRREZ ESPADA: «La contribución del Estatuto sobre la CPI a la consolidación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario», en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 9 (2000); Univ. Carlos III-BOE; I. LIROLA DELGADO y M. M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2000; AA.VV., *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000; AA.VV., *Hacia una Justicia Internacional*, Ministerio de Justicia, BSCH, Civitas, Madrid, 2000. La bibliografía sobre la CPI, así como los recursos y fuentes que existen en Internet son ya inabarcables, y crecen sin parar por la importancia y vigencia del tema. Existe una recopilación bastante completa y actualizada realizada por la Universidad de Chicago en <http://www.lib.uchicago.edu/~llou/icc.html>.

arrojar una nueva luz sobre los perfiles del Ministerio Fiscal y el régimen de la acusación penal al menos por dos motivos.

Por un lado, porque ofrece un privilegiado banco de prueba que permite analizar los problemas clásicos relativos a la configuración de la Fiscalía desde una óptica y en un medio diferente, lo que obliga a un replanteamiento de muchas de las cuestiones que el Ministerio Fiscal suscita en los derechos internos.

Por el otro, porque requiere un renovado esfuerzo de reflexión, capaz de superar planteamientos caducos basados en la rígida división entre el *common law* y el *civil law*, al objeto de responder a interrogantes y demandas nuevas.

Con tal fin, en primera instancia examinaremos los orígenes históricos de la figura del Fiscal de la CPI (II). A continuación abordaremos la descripción de los aspectos institucionales de la Fiscalía como órgano principal de la CPI (III), así como de sus principios rectores (IV). Finalmente, profundizaremos en el régimen de la acusación penal en el proceso ante la CPI (V), lo que nos permitirá esbozar algunas reflexiones finales a modo de conclusión (VI)⁶.

II. ORÍGENES Y ANTECEDENTES DE LA FIGURA DEL FISCAL EN EL ESTATUTO DE LA CPI

La figura del Fiscal de la CPI carece, en sentido estricto, de precedentes que puedan ser considerados como tales⁷. De hecho, en las primeras referencias documentadas de tribunales internacionales encargados de sancionar la comisión de los *delicta iuris gentium*, la investigación de los hechos y la acusación no se atribuía a un órgano internacional o independiente, sino que recaía en las autoridades nacionales o en los propios jueces⁸.

Este sistema tradicional, en el que la tipificación de los delitos se realiza mediante normas internacionales pero en los que la sanción se encomienda a órganos jurisdiccionales nacionales, o a lo sumo, a tribunales especiales de composición internacional, persistió durante el período de entreguerras, e incluso se prolongó después de 1945⁹. Tanto en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, como en el del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, las funciones del Ministerio Fiscal fueron desem-

⁶ Un análisis completo de la figura del Fiscal de la CPI en: *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court, Workshop in co-operation with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal*, (ed. L. ARBOUR; A. ESER; K. AMBOS; A. SANDERS) Max-Planck Institut, Friburgo, 2000, 708 p.

⁷ Según el *Diccionario* de la Real Academia Española de la Lengua, precedente es «anterior y primero (...) que sirve para juzgar hechos posteriores». En este sentido la Fiscalía de la CPI, pese a valerse de diversas experiencias históricas, y muy en particular de la del Fiscal de los Tribunales Penales Especiales, es una institución novedosa y totalmente original, ya que como apunta ZAPPALA: «*si tratta infatti del primo ufficio internazionale della pubblica accusa con competenze generali*». S. ZAPPALA, «Il procuratore della Corte Penale Internazionale: Luci e Ombre», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1 (1999), pp. 38-85, y en concreto, p. 46.

⁸ M. Ch. BASSIOUNI y V. P. NANDA, *A treatise on International Criminal Law*, vol. 1, Crimes and punishment, Springfield, C.C. Thomas, 1973.

⁹ Se trata del «modelo de aplicación indirecta» (*indirect enforcement model*), según la terminología utilizada por M. Ch. BASSIOUNI, *Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 70.

peñadas por cuatro fiscales designados por los Estados vencedores, sin olvidar que las autoridades militares de las potencias aliadas procesaron, en sus respectivas zonas de ocupación, a criminales de guerra de menor rango. Posteriormente, y también en el marco de las jurisdicciones internas, se celebraron numerosos juicios de conformidad con las leyes nacionales adoptadas al amparo de los Estatutos de Londres y Tokio¹⁰.

En cualquier caso, conviene recordar que eran tribunales creados para superar las deficiencias mostradas por las jurisdicciones internas y cuyo propósito era determinar la responsabilidad penal individual, que no estatal, por la comisión de crímenes internacionales caracterizados por su especial gravedad, y por la repulsa que inspiraban en la conciencia de la Comunidad Internacional en su conjunto.

Con posterioridad tampoco el recurso a los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, que tanto han contribuido al establecimiento de la CPI, ofrece un parámetro de referencia absolutamente válido en lo que a la figura del Fiscal se refiere, por tratarse de nuevo de órganos jurisdiccionales especiales creados *ad hoc* y, por tanto, con competencias limitadas, hasta el extremo de que los dos tribunales comparten la misma fiscalía, si bien es un fiscal adjunto el encargado de dirigir las actuaciones ante el Tribunal Internacional para Ruanda¹¹.

De lo anterior se confirma que la Fiscalía, tal y como se encuentra regulada en el Estatuto de Roma, es una institución original y novedosa, que supone una revolución más que una evolución, y que tiene sus verdaderos orígenes en los sucesivos proyectos de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

La CDI es un órgano subsidiario, creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947, al que desde entonces compete la misión genérica de «codificar y desarrollar progresivamente el Derecho Internacional». En cumplimiento de este mandato a la CDI se le asignó inmediatamente una tarea doble: por una parte, incorporar los principios formulados por el Tribunal de Nuremberg en un Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y por otra, examinar la posibilidad de crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a los acusados de la comisión de genocidio y otros crímenes internacionales¹².

¹⁰ Tampoco es ésta la sede para enumerar la vasta bibliografía sobre los tribunales de Nuremberg y Tokio. No obstante, véase por todos B. FERENCZ, *An International Criminal Court. A Step towards World Peace, (A documentary History and Analysis)*, Londres, Oceana, 1980, vol. II; B. V. ROLING y C. F. RUTER, *The Tokyo Judgments*, 3 vols., Amsterdam, University Press, 1977; A. CASESE (ed.), *The Tokyo Trial and Beyond. Reflections of a Peace-Maker*, Cambridge, Polity Press, 1993.

¹¹ En la actualidad el cargo de Fiscal de los dos tribunales especiales *ad hoc* lo ocupa desde el 15 de septiembre de 1999, la jurista suiza Carla del Ponte, si bien es el fiscal adjunto, Graham Blewitt, de Australia, el que, desde su centro operativo, radicado en la Oficina de Kigali, dirige los procedimientos, pese a que el Tribunal Internacional para Ruanda tiene su sede oficial en Arusha (Tanzania).

¹² Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 177 (II), de 21 de noviembre de 1947. Respecto a la labor desarrollada por la CDI, además de en los respectivos anuarios de esta institución, puede encontrarse una síntesis de sus trabajos en J. BAEZ, «An international Criminal Court: Further Tales of the King of Corinth», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1993, pp. 293 y ss.

A partir de este momento comienza el proceso, largo y plagado de dificultades, encaminado al establecimiento de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente. Comprimiendo la historia, podemos distinguir tres grandes fases en la actividad desarrollada por la CDI durante cinco décadas (1947-1994)¹³.

La primera fase abarcaría el período más extenso y difícil, que hemos bautizado como «los años grises», en los que el contexto hostil de la guerra fría impidió que se realizaran avances sustantivos en la búsqueda de la justicia internacional.

La segunda fase se abriría en 1989, cuando las transformaciones en la sociedad internacional, resultantes del final del enfrentamiento entre las dos superpotencias, propiciaron un clima favorable a la reactivación de la idea de crear un tribunal penal internacional. En este nuevo escenario la CDI logró culminar en 1993 una de las dos tareas que le habían sido encomendadas, elaborando un anteproyecto o borrador de estatuto de un tribunal penal internacional, que se transformaría, un año más tarde, en un informe que contenía un texto completo de un Proyecto de Estatuto, con sus comentarios correspondientes. En 1994 la CDI aprobó el Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional, transmitiéndoselo a la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la recomendación de que ésta convocase una conferencia internacional de plenipotenciarios para su examen y adopción.

La tercera y última fase comenzaría en 1995, con el nombramiento de un Comité Preparatorio que, partiendo de los mínimos consensuados en el Proyecto de 1994, elaboró un texto refundido que habría de servir de base para la negociación final por las delegaciones estatales. El 15 de junio de 1998 tuvo lugar en Roma la apertura de la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Después de tres semanas de intenso trabajo, el 17 de junio de 1998 se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones¹⁴.

A lo largo del *iter* legislativo del Estatuto de la CPI era obvia la necesidad de contar con un cuerpo de jueces encargados del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no existía idéntica unanimidad respecto de la figura del Fiscal. De hecho, en un primer momento incluso llegó a cuestionarse su existencia, planteándose que fuese el Estado que denunciase la comisión de un crimen

¹³ Sustancialmente seguimos la división en etapas históricas que hemos desarrollado previamente y con mayor detalle en LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 44-60.

¹⁴ Mucho se ha especulado sobre cuáles fueron los siete países que votaron en contra de la adopción del texto del Estatuto en Roma. Sin embargo, al tratarse de una votación secreta (*«non recorded»*), sólo podemos contar con certeza, porque así lo manifestaron expresamente, los votos negativos de tres Estados: China, Israel y los Estados Unidos de Norteamérica. Para un seguimiento constante tanto de la historia como del estado actual de firmas y ratificaciones del Estatuto de la CPI se puede acudir a la web oficial de las Naciones Unidas, en <http://www.un.org/law/icc/>, y a la completísima página ofrecida por una coalición de ONGs, extraordinariamente activas en la defensa de la jurisdicción penal internacional, <http://www.iccnw.org>.

internacional el encargado de ejercer la acusación. Finalmente se llegó a la conclusión, a instancias del denominado «grupo de países afines» (*like-minded*), que la creación de una Fiscalía independiente, que desarrollara funciones similares a las asignadas a los fiscales nacionales, sería una garantía de la legitimidad, imparcialidad y credibilidad de la futura Corte. De esta forma se desestimó definitivamente la propuesta de designar a un fiscal diferente para cada caso, reafirmando la necesidad de que la Fiscalía fuese un órgano predefinido, permanente y estable¹⁵.

Desde el anteproyecto de 1993 la Fiscalía forma parte, junto con la Presidencia, la Secretaría, las diferentes Secciones y Salas, y la Asamblea de los Estados Partes, del sistema institucional de la CPI, lo que el Estatuto de Roma denomina los órganos principales¹⁶.

Sin embargo, la convergencia en torno a la integración de la Fiscalía en el organigrama de la CPI no ha implicado uniformidad de criterios respecto a su configuración. Al contrario, el consenso acerca de la figura del Fiscal contrasta con el disenso y la división existente sobre algunas de sus notas distintivas. Mientras que los rasgos básicos de lo que hemos calificado «aspectos institucionales» (i.e., composición de la Fiscalía, condiciones de elegibilidad, procedimiento de selección, etc.) no han sufrido cambios sustanciales, la dimensión «procesal» de la Fiscalía ha experimentado continuas fluctuaciones.

En particular, las dos cuestiones más controvertidas, que acapararon la mayor parte de las negociaciones políticas, concernían a la determinación de los sujetos legitimados para promover el ejercicio de la acción penal, con la consiguiente decisión de si el Fiscal debía o no estar facultado para iniciar una investigación de oficio, y a la elección del modelo de proceso penal.

Como tendremos ocasión de comprobar, se trata de dos problemas íntimamente imbricados, cuya regulación ha resultado ser decisiva en el diseño de la CPI, por lo que serán objeto de un análisis detallado.

¹⁵ La propuesta de que el Estado denunciante ejerciera también la acusación la formuló en 1992 el Relator Especial nombrado por la CDI, D. Thiam. En contra, y a favor de una Fiscalía independiente, se pronunció el grupo de «países afines», que según el jefe de la delegación española para la CPI, el embajador J. A. YÁÑEZ BARNUEVO, estaba compuesto por unos 40 Estados especialmente concienciados de la necesidad de reforzar los derechos humanos mediante la constitución de una Corte fuerte e independiente, por lo que trabajaron como el motor de la elaboración del Estatuto; J. A. YÁÑEZ BARNUEVO, «La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas», en *Creación de una jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 17-28, especialmente p. 23. En la misma línea, comentando el apoyo en derecho interno español a la idea de un Fiscal independiente, el exhaustivo análisis de R. GÓMEZ GUILLAMÓN, «La instrucción (investigación) en la Corte Penal Internacional», en *Derecho Penal Internacional. Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pp. 257-284, en particular p. 259.

¹⁶ Parte IV, «De la composición y Administración de la Corte» (art. 34-52) En sentido estricto la Asamblea de los Estados Partes no forma parte de la estructura orgánica de la Corte, por no estar enumerada en el artículo 34. Sin embargo, sí es un órgano principal (en tanto que previsto en el Estatuto), intergubernamental (compuesto por representantes de los gobiernos de los Estados que componen la Corte), y plenario (en tanto que están presentes todos los países miembros). Está llamada a cumplir importantes funciones, como se desprende del artículo 112.

III. ASPECTOS INSTITUCIONALES: LA FISCALÍA COMO ÓRGANO PRINCIPAL DE LA CPI

Hemos adelantado ya que la regulación de los aspectos institucionales u orgánicos de la Fiscalía no ha experimentado, a diferencia de sucedido con los aspectos procesales, cambios significativos. Se encuentra prevista en la Parte IV del Estatuto y desarrollada en las Reglas de Procedimiento y Prueba¹⁷.

La Fiscalía de la CPI estará integrada por un Fiscal (jefe), que actuará auxiliado por uno o varios fiscales adjuntos, así como por el personal técnico que sea necesario, incluyendo investigadores y asesores jurídicos especializados en aquellos temas de particular relevancia en la actividad de la CPI, tales como violencia sexual, de género o violencia contra los niños. El Fiscal dirigirá el funcionamiento de la Fiscalía, pudiendo delegar en los adjuntos o en otros funcionarios para que ejerciten funciones puntuales¹⁸.

Los requisitos que deben cumplir los candidatos a Fiscal y fiscales adjuntos están en consonancia con la praxis de los derechos internos. Deben ser personas de reconocido prestigio, con competencia y experiencia probadas en la acusación en materia penal, y con conocimiento acreditado de al menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte (inglés y francés). Además de las condiciones estatutariamente previstas, el Secretario General de las Naciones Unidas ha apuntado que los candidatos a Fiscal y sus adjuntos deben acreditar los más altos niveles de rigor jurídico, sensibilidad humana y honradez profesional¹⁹.

El procedimiento para el reclutamiento de los candidatos a la Fiscalía se ha simplificado respecto al previsto para los magistrados, omitiéndose las exigencias de una representación geográfica equitativa y de género²⁰.

¹⁷ El Estatuto aborda estas cuestiones bajo la rúbrica «De la composición y administración de la Corte,» (artículos 34-52), y las ha desarrollado posteriormente en las Reglas de Procedimiento y Prueba, en concreto en el Capítulo II, Sección II (reglas 9-11) y Sección IV (reglas 23-29). Obviamente, además del Estatuto, el establecimiento de una jurisdicción penal internacional requiere la aprobación de un conjunto de textos normativos, que completan el Estatuto y que son absolutamente necesarios para que la Corte pueda funcionar. Son los llamados «Elementos de los Crímenes», así como las «Reglas de Procedimiento y Prueba» a la que continuamente nos referimos, amén de otros instrumentos como el Acuerdo de Sede, el de Financiación de la CPI, el Acuerdo sobre las inmunidades y privilegios de la CPI o el Reglamento de la Asamblea de los Estados Partes. El texto de todos ellos puede encontrarse en los dos servidores ya mencionados. En concreto las Reglas de Procedimiento y Prueba en el documento PCNICC/2000/INF/3/Add. 1.

¹⁸ Un análisis, desde el punto de vista procesalista, de la composición y administración de la CPI en general, y en particular de Fiscal y sus adjuntos en N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *La Corte Penal Internacional*, Colección Estudios Penales 4, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 40-60, especialmente 51 y ss.

¹⁹ *Vid.* intervención del Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, el 10 de septiembre de 2002 en la sesión de apertura de la Asamblea de los Estados Partes. «Address to the first meeting of the Assembly of States Parties to the Rome Statute», Press Release SG/SM/8372L/3015, p. 2 «Your responsibility is to ensure that the Court begins life on secure footing. That means giving it a strong financial background. And it means that the judges, prosecutor and other high officials must meet the highest standards of legal rigour, human sensitivity and professional probity. States must take special care to nominate and to elect to those key positions individuals who have a wealth of experience and the qualities and qualifications needed to dispense international justice fairly and with wisdom».

²⁰ Precisamente la introducción del género en la composición de la Corte es una de las novedades más significativas del Estatuto de Roma, ya que es el primer instrumento constitutivo de una tribunal internacional en el que explícitamente se exige «una representación equilibrada de Magistrados hombres y muje-

El plazo de presentación de las candidaturas a magistrados y Fiscal comprendió el período entre el 9-10 al 30-11 del 2002. Una vez finalizadas las votaciones el 7 de febrero, la Secretaría de la CPI elaboró una lista definitiva de los magistrados elegidos, y de la duración de su mandato por orden alfabético al objeto de facilitar las correspondientes votaciones en el seno de la Asamblea de los Estados Partes. Una vez que resulte elegido, el Fiscal presentará a su vez una terna de candidatos por cada plaza de fiscal adjunto²¹.

El sistema de elección difiere también del previsto para los magistrados. Dada sus importantes funciones, lo ideal es que el candidato escogido lo sea por consenso, sin necesidad de recurrir a votación alguna. De no ser así, tanto el Fiscal como sus adjuntos serán elegidos en votación secreta por mayoría absoluta del total de miembros que componen la Asamblea de los Estados Partes de la CPI. En este aspecto el Estatuto ha optado por exigir un quórum reforzado, puesto que la elección de los magistrados sólo requiere la mayoría de los dos tercios de los Estados presentes y votantes²².

La elección del Fiscal y sus adjuntos, al igual que la de los 18 magistrados, tuvo lugar teóricamente entre el 3 y el 7 de febrero de 2003, que eran las fechas acordadas por la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes. Si después de tres votaciones ningún candidato hubiera alcanzado la mayoría necesaria, el proceso electoral se interrumpiría temporalmente para facilitar las negociaciones. En caso de que no se llegase a acuerdo alguno, se celebraría una segunda vuelta entre los dos candidatos más votados. Los elegidos, antes de asumir sus funciones, prestarán promesa solemne²³.

El Fiscal y sus adjuntos deberán poseer nacionalidades distintas, y, a diferencia de los magistrados, desempeñaran su cargo en régimen de dedicación exclusiva, exigencia lógica habida cuenta de que la Fiscalía es, de entre todos los órganos, el que debe gozar de mayor independencia, autonomía e impar-

res» (artículo 36.8.a) iii). Sin embargo, la exigencia de presencia femenina no se ha extendido a la institución de la Fiscalía. De hecho, la presentación de 19 candidatos del sexo femenino fue requisito indispensable para proceder a la elección de los magistrados. Finalmente, 7 de las 10 candidatas fueron elegidas. Sobre este particular, B. BEDONT, «Gender Specific Provisions in the Statute of the International Criminal Court», en *Essays on the Rome Statute of International Court* (ed. F. LATTANZI, y W. SCHABAS.), Il Sirente, Roma, 2000, vol. 1, p. 481 y ss.; M. M. MARTÍN MARTÍNEZ, «Cuestiones de género en el Estatuto de la CPI», en Artículo 14: Una perspectiva de género, *Boletín de Información y Análisis Jurídico del Instituto Andaluz de la Mujer*, n. 10, sept. 2002, pp. 20-21.

²¹ Finalizado el período inicialmente previsto, no se presentó ninguna candidatura a Fiscal, por lo que se ha reabierto un nuevo plazo hasta el 28 de marzo. Pese a que se barajan diversos nombres, los Estados han acordado no presentar ningún candidato que no haya sido previamente consensuado. El nombre, nacionalidad y mandato de los 18 jueces en en: <http://www.un.org/law/icc/elections>.

²² Sobre este punto las precisiones recogidas en la Resolución ICC/ASP/1/Res.2, aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria de la Asamblea de los Estados Partes (9-9-2002) sobre el «Procedimiento para la presentación de candidaturas y la elección de los magistrados, el Fiscal y los fiscales adjuntos de la CPI», apartados D a G.

²³ De conformidad con el artículo 45 y la Regla 5, la fórmula para prestar la promesa solemne en el caso del Fiscal y sus adjuntos sería como sigue: «Prometo solemnemente que desempeñaré mis funciones y ejerceré mis facultades como Fiscal (o fiscal adjunto) de la Corte Penal Internacional de manera honorable, fiel, imparcial y con plena conciencia y que respetaré el carácter confidencial de las investigaciones y el procesamiento».

cialidad, de ahí su carácter de órgano separado de las restantes formaciones que componen la Corte.

Todos los integrantes de la Fiscalía tienen prohibido taxativamente solicitar o recibir instrucciones de fuentes ajenas a la Corte, debiendo abstenerse de realizar cualquier actividad que pueda menoscabar su independencia. En esta misma línea, el Fiscal y sus adjuntos podrán abstenerse o solicitar a la Presidencia que les dispense de intervenir en un caso determinado. También podrán ser recusados a instancia del investigado o del acusado. La decisión final sobre su recusación compete a los magistrados de la Sala de Apelaciones, previa audiencia al interesado. Al igual que los magistrados, podrán ser separados de su cargo por imposibilidad, o sometidos a medidas disciplinarias por la comisión de incumplimientos menos graves o graves cuando así lo acuerde la mayoría absoluta de los Estados Partes. Por último, además de la dispensa, recusación y separación, están previstas reglamentariamente las causas de la dimisión y el procedimiento a seguir en caso de fallecimiento²⁴.

En el ejercicio de sus funciones el Fiscal y los fiscales adjuntos gozarán de los mismos privilegios, facilidades e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional a los jefes de las misiones diplomáticas. De hecho, el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la CPI adoptado por la Asamblea de los Estados Partes el 9 de septiembre de 2002, y que todavía no entrado en vigor, contiene una enumeración exhaustiva de los mismos, así como de sus límites, reproduciendo textualmente las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961. Habida cuenta de que no se conceden en beneficio personal, sino para salvaguardar el ejercicio de sus funciones, los magistrados podrán decidir acerca de la renuncia de los privilegios e inmunidades del Fiscal, y a su vez éste decidirá respecto de las de sus subordinados²⁵.

La duración del mandato del Fiscal, los fiscales adjuntos y los magistrados es de 9 años sin posibilidad de reelección, en el transcurso del cual deberán desempeñar sus funciones con honradez e imparcialidad, y respetando la confidencialidad de las investigaciones y el procesamiento. En este sentido, se ha elaborado un Proyecto de Código de Conducta de los Fiscales de la CPI, inspirado en recomendaciones de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y en los estándares aprobados por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el que se detallan los deberes y pautas de comportamiento de los integrantes de la Fiscalía en cada una de las diferentes fases del proceso, a

²⁴ Todas las situaciones que pueden afectar el funcionamiento de la Corte, y sobre todo, los problemas relativos a la separación del cargo, medidas disciplinarias, y la dispensa, recusación, fallecimiento y dimisión tanto de los magistrados como del fiscal o sus adjuntos han sido desarrolladas pormenorizadamente en las Reglas 23-37.

²⁵ En este sentido, discrepamos de CABEZUDO RODRÍGUEZ, para quien debería hablarse de «retirada» en lugar de «renuncia» de los privilegios e inmunidades. Sin embargo, técnicamente en Derecho Internacional lo correcto es utilizar el término renuncia, tal y como se desprende del artículo 32 del Convenio sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, que el Estatuto de la CPI ha tomado como referente. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 59.

imagen y semejanza de los códigos deontológico existentes en los derechos internos²⁶.

IV. PRINCIPIOS REGULADORES DE LA ACTUACIÓN DEL FISCAL

Siguiendo a GÓMEZ GUILLAMÓN, los principios que han de regir la actuación del Fiscal pueden sistematizarse como sigue²⁷:

- Principio de independencia: la Fiscalía actuará siempre de forma independiente, sin que deba solicitar ni recibir instrucciones de fuentes ajenas a la Corte. Por la naturaleza especial de la CPI la Fiscalía no depende, como sucede en algunos ordenamientos internos, del poder ejecutivo, lo que no excluye, sino más bien lo contrario, que pueda recibir presiones desde distintas instancias, ya sean gubernamentales o no. Al objeto de salvaguardar su independencia hemos explicado ya que el Estatuto confiere a los miembros de la Fiscalía un elenco de beneficios, privilegios e inmunidades y que, paralelamente, les exige también el cumplimiento de obligaciones legales y de pautas éticas.
- Principio de jerarquía interna: por la especialidad de la CPI antes aludida, la tensión entre la jerarquía o la independencia de los funcionarios que componen el Ministerio Fiscal no se plantea en los mismos términos que en los derechos internos, por lo que todos los integrantes de la Fiscalía, incluyendo los fiscales adjuntos, estarán subordinados al Fiscal (jefe), debiendo acatar sus instrucciones tanto en el plano administrativo como en el funcional.
- Principio de imparcialidad: el Fiscal y sus adjuntos están obligados a actuar con total objetividad en defensa de los intereses que tienen encomendados. Además, debido a la especificidad del proceso penal, y a la inexistencia de un juez de instrucción, corresponde a la Fiscalía la investigación y la búsqueda de todas las pruebas, tanto inculpativas como exculpativas, así como la eventual impugnación, en nombre del condenado, de la sentencia o la pena que le hubieran sido impuestas.
- Principio de oportunidad técnica y política en el ejercicio de la acción penal: en consonancia con la mayoría de los ordenamientos internos, el Estatuto de Roma ha optado por consagrar el principio del monopolio de la acción penal por el Fiscal. Por lo tanto, al no estar prevista la intervención de ninguna otra parte acusadora, la decisión de activar el *ius*

²⁶ Nos referimos al «Code of Professional Conduct for Prosecutors of the International Criminal Court», elaborado por «The Secretariats of the International Association of Prosecutors and the Coalition for the International Criminal Court», que puede ser consultado, de momento sólo en su versión inglesa, en <http://www.un.org/law/statute/otherdocs>.

²⁷ GÓMEZ GUILLAMÓN apunta que los principios a los que obedece la actuación del Fiscal serían: principio de independencia, de imparcialidad, de jerarquía, de incompatibilidad, de monopolio de la acción penal y principio de oportunidad. GÓMEZ GUILLAMÓN, *op. cit.*, pp. 274-277. Todos estos principios están contemplados básicamente en los artículos 15, 42, 52 y 54 del Estatuto de Roma.

puniendi, mediante la investigación y persecución de aquellos presuntos crímenes que sean objeto de la competencia de la Corte, le corresponderá en exclusiva al Fiscal²⁸.

El hecho de que el Fiscal ejerza en exclusiva la acusación en nada obsta para que exista una diversificación de los mecanismos de activación, de manera que, además del propio Fiscal, tanto los Estados Partes como el Consejo de Seguridad podrán solicitar que la Corte ejerza su jurisdicción. A ello se suma que la *notitia criminis* pueda ser transmitida por una pluralidad de fuentes, si bien el Fiscal deberá extremar el cuidado para asegurarse de que son fidedignas, filtrando la recepción de informaciones falsas, temerarias o manifiestamente infundadas²⁹.

De lo anterior se desprende que al Fiscal compete en exclusiva la adopción de tres decisiones fundamentales:

En primer lugar, si procede o no realizar un examen preliminar de la *notitia criminis* para comprobar su veracidad.

En segundo lugar, si una vez verificada la existencia de indicios racionales de criminalidad se debe o no iniciar una investigación formal.

En tercer lugar, si una vez realizada la investigación hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento.

Para pronunciarse sobre estas tres cuestiones el Fiscal puede guiarse teóricamente por dos criterios contrapuestos, que se corresponderían a lo que en los ordenamientos nacionales se califican como principio de legalidad (obligatoriedad) y principio de oportunidad (discrecionalidad) en el ejercicio de la acción penal. Sin profundizar en un debate que excede de nuestro ámbito de estudio, el principio de legalidad implica que el Fiscal está obligado a examinar, investigar y procesar siempre que existan indicios racionales de criminalidad y pruebas que sustenten el enjuiciamiento. En el extremo opuesto, el principio de oportunidad permite al Fiscal actuar discrecionalmente, es decir, teniendo en cuenta factores extralegales, bien sea para negarse a investigar o para no pedir el procesamiento.

En la disyuntiva entre «obligatoriedad *versus* discrecionalidad» el Estatuto de Roma parece haberse inclinado por el principio de oportunidad, ya que en la formación de un juicio sobre cualquiera de las tres decisiones anteriores el Fiscal puede hacer que prevalezcan consideraciones subjetivas frente a razones de estricta legalidad. Esto significa que, pese a que veracidad de la *notitia criminis*, pese a la existencia de indicios racionales de criminalidad, y pese a que haya fundamento suficiente para el enjuiciamiento, el Fiscal goza

²⁸ Todo ello sin perjuicio del importante papel y de la constante presencia a lo largo de todo el procedimiento de las víctimas, que es una de las características más originales del Estatuto. *Vid.* la Sección III «Víctimas y Testigos», del Capítulo IV de las Reglas de Procedimiento y Prueba (reglas 85-93). D. I. GARCÍA SAN JOSÉ, «La configuración jurídica de las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI», en *La criminalización de la barbarie*, *op. cit.*, p. 196 y ss.

²⁹ *Vid.* artículos 13-17 del Estatuto, en los que se abordan los sujetos y los requisitos exigidos para promover el ejercicio de la acción penal.

de libertad de apreciación, en la medida en que, basándose en motivos meta-jurídicos, puede concluir que no procede la investigación o el enjuiciamiento si considera que ni una ni otro «*redundarían en interés de la justicia*»³⁰. Por consiguiente, el Fiscal dispone de un amplio margen de valoración, que excede con mucho la llamada discrecionalidad técnica. No se trata sólo de que pueda decidir si es conveniente o no ejercer la acusación, o el modo de llevarla a cabo, sino que está autorizado para primar consideraciones y propósitos extralegales, de difícil concreción e imposibles de objetivar, por encima de criterios jurídicos.

Las razones por las que el Estatuto de Roma ha optado por supeditar la legalidad a la oportunidad en el ejercicio de la acción penal son intrincadas. En principio, y dado que se proclama la improcedencia del cargo oficial, en el caso de la CPI no sería aplicable el argumento esgrimido en los Derechos internos, que vincula la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal con la impunidad de la criminalidad gubernativa. Por tanto, incluso en el hipotético caso de que el Fiscal tomara en cuenta factores extrajurídicos con la intención de proteger a quienes detentan el poder, su esfuerzo sería inútil *a priori*, ya que ni el cargo oficial de una persona ni las inmunidades de las que goce «*obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella*»³¹.

Ello nos llevaría a considerar que la apreciación de argumentos de oportunidad se justifica no tanto desde consideraciones utilitaristas, como con el propósito de afrontar aquellos supuestos en los que la decisión del Fiscal afectara a hechos o personas cuya investigación o enjuiciamiento pudiera poner en peligro la paz, la estabilidad política o incluso la propia subsistencia de un Estado, en cuyo caso, al margen de la conclusión de legalidad a la que se llegase, parece que dicha investigación o enjuiciamiento «*no redundaría en interés de la justicia*».

Sin embargo, si nuestra presunción se confirmase, y en esta dirección parece que apunta la práctica internacional más reciente, paradójicamente se produciría una suerte de «efecto colateral» no deseado: amparándose en razones de oportunidad como las anteriormente expuestas la decisión del Fiscal de no investigar o no enjuiciar beneficiaría fundamentalmente a Jefes de Estado o de Gobierno, altos cargos políticos o militares, o funcionarios estatales, en activo o no, quienes quedarían libres de cualquier investigación o enjuiciamiento, y no precisamente por razón de su cargo o inmunidades.

³⁰ Artículo 53.1.c) en lo relativo a la negativa a iniciar una investigación si «no redundaría en interés de la justicia» y 53.2.c) respecto a la negativa a pedir el procesamiento si «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el crimen».

³¹ Artículo 27: *Improcedencia del cargo oficial*: «(1). El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, o representante elegido o funcionario de Gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena. (2) Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o internacional no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella».

Para paliar los posibles efectos perversos del principio de oportunidad el Estatuto ha urdido un sistema de control doble. En primer lugar, impone un límite «interno», ya que el Fiscal debe verificar la existencia de razones sustanciales para subordinar la legalidad a la oportunidad. En segundo lugar, ha arbitrado un mecanismo de control «externo» de la discrecionalidad del Fiscal por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares. Este control jurisdiccional se activa solo cuando la decisión del Fiscal contraria a la investigación o al enjuiciamiento se hubiera acordado «*en interés de la justicia*». Dada la excepcionalidad del motivo alegado, cuando la negativa del Fiscal se fundamenta exclusivamente en razones metajurídicas, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá revisar de oficio la decisión del Fiscal, obligándole a rectificar, y exigiéndole que inicie la investigación o presente el auto de procesamiento. Como acertadamente apunta GÓMEZ GUILLAMÓN, «*cuando el Fiscal actúa con sujeción a criterios de legalidad, su autonomía es respetada puesto que la Sala de Cuestiones Preliminares no puede contrariar su decisión, simplemente pedirle que la reconsidere; no así cuando responde a criterios de oportunidad*»³².

V. ASPECTOS PROCESALES: EL RÉGIMEN DE LA ACUSACIÓN PENAL EN LA CPI

1. *La atribución al Fiscal del poder de iniciar el proceso de oficio y el modelo de proceso penal*

Como ha quedado de manifiesto, el Estatuto de Roma ha consagrado el principio del monopolio de la acción penal. Junto a la decisión de atribuir en exclusiva al Fiscal el ejercicio de la acción penal, los redactores del Estatuto tuvieron también que pronunciarse sobre dos cuestiones sustanciales. En primer lugar, la determinación de los sujetos legitimados para solicitar que la Corte ejerza su jurisdicción, es decir, quiénes podrían activar el ejercicio de la acción penal. Y, en segundo lugar, en íntima conexión con lo anterior, la elección del modelo de proceso penal que habría de seguirse ante la CPI.

Respecto a la primera cuestión, partiendo de la premisa de que la Corte necesitaría de un impulso exterior para ponerse en funcionamiento, el debate se centró, antes y durante la Conferencia de Roma, en torno a los llamados mecanismos de activación (*trigger mechanisms*). Tras arduas deliberaciones el Proyecto de Estatuto de 1994 sólo reconocía legitimación procesal activa para solicitar que se iniciara una investigación encaminada a verificar la *notitia criminis* al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o a los Estados que decidieran ser partes del Estatuto de la CPI. De esta forma se rechazaba *ab initio*, aunque por razones bien distintas, la posibilidad de extender la legitimación procesal a tres categorías de sujetos heterogéneos, como eran las Orga-

³² GÓMEZ GUILLAMÓN, *op.cit.*, p. 277.

nizaciones Internacionales Gubernamentales, las Organizaciones No Gubernamentales y las personas físicas³³.

Sin embargo, pronto se advirtió que el examen de la práctica internacional indicaba que una opción tan restrictiva entrañaba el riesgo de que la Corte no llegara nunca a ejercer su jurisdicción, o bien que, en el mejor de los casos, su actividad se redujera al mínimo, ya que por razones de índole política era previsible que ni el Consejo de Seguridad ni los Estados Partes se decidieran a «remitir una situación» al Fiscal o, dicho en otros términos, a denunciar la comisión de crímenes de la competencia de la Corte.

Finalmente, para evitar una hipotética muerte o parálisis anticipada de la Corte, se aceptó conceder al Fiscal la facultad de iniciar el proceso de oficio, *motu proprio*, o sobre la base de las informaciones recibidas o recabadas por los Estados, las Naciones Unidas, las Organizaciones No Gubernamentales o cualquier otra «fuente fidedigna». Sin duda, en la atribución al Fiscal de este «mega-poder» fue decisivo el hecho de que el Fiscal del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia goce de la facultad de iniciar las investigaciones «de oficio o sobre la base de la información que haya obtenido de cualquier fuente, en particular de Gobiernos, órganos de las Naciones Unidas, Organizaciones Intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales», lo que sentaba un precedente importante dadas las similitudes entre la competencia material de ambos tribunales³⁴.

Esta ampliación de los poderes del Fiscal fue contestada con contundencia por un grupo reducido pero significativo de Estados; encabezados por los Estados Unidos de Norteamérica y China, que sumaban así un nuevo motivo a la lista de razones que justificaban su negativa a firmar el Estatuto.

En última instancia, la preocupación de la mayoría de las delegaciones estatales presentes en Roma no era que el Fiscal actuara por iniciativa propia, sino el modo de impedir que concentrara en sus manos un poder excesivo. De ahí la necesidad imperiosa de articular mecanismos de control que obligasen al Fiscal a rendir cuenta de sus actuaciones. Con tal fin el Estatuto ha previsto un sistema de supervisión para asegurar la responsabilidad (*accountability*) del Fiscal residenciado en la Sala de Cuestiones Preliminares. Podemos anticipar que es un modelo de control jurisdiccional permanente, que comprende no sólo el inicio de las investigaciones y la instrucción, sino muchas de las actuaciones que el Fiscal desarrolla durante el juicio.

Pese al conjunto de cautelas introducidas por el Estatuto, la extraordinaria dimensión de la figura del Fiscal sigue suscitando recelos justificados. Coincidimos con RODRÍGUEZ CARRIÓN en que el peligro más evidente estriba en la

³³ Sobre la falta de legitimación activa de los tres sujetos mencionados, y en general, sobre el derecho a la jurisdicción en el Estatuto, los comentarios de LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 173-178.

³⁴ Artículo 18.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y 15.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En el reconocimiento al Fiscal del poder de investigar de oficio influyó también positivamente el que las Directrices de Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales, contenidas en la Resolución de la Asamblea General 45/121, de 14-12-90, reconozcan la absoluta libertad del Fiscal para emprender actuaciones investigadoras.

magnitud de los poderes atribuidos al Fiscal en las diferentes fases procesales, que lo transforma en protagonista y pilar del proceso y, a la par, en la institución más vulnerable de la Corte³⁵.

Como ha quedado de manifiesto, la Fiscalía ejerce el monopolio de la acción penal, fundamentada en un principio acusatorio que se desencadena por la denuncia de un Estado Parte, el Consejo de Seguridad o por decisión del propio Fiscal. Este mecanismo de activación presenta dos debilidades manifiestas.

En primer lugar, dado que el Estatuto permite que el Fiscal recabe información sobre la presunta comisión de un crimen de la competencia de la Corte de cualquier fuente que considere «fidedigna», podría suceder que las investigaciones de oficio de la Fiscalía dependieran en exceso del trabajo previo desarrollado por grupos tales como Organizaciones No Gubernamentales, *lobbies*, medios de comunicación de masas u otras asociaciones que no siempre actúan guiadas por el deseo de promover la justicia internacional. Ello conduciría a una utilización arbitraria o torticera de la acción penal, sobre todo porque comprobaremos que el control previo que ejerce la Sala de Cuestiones Preliminares no es definitivo, ya que su negativa a autorizar una investigación no impide al Fiscal reiterar ulteriormente, y sin límite en cuanto al número o la frecuencia, peticiones de investigación basadas en nuevos hechos o pruebas relacionadas con la información primigenia.

En segundo lugar, y justo en un sentido diametralmente opuesto, si después del examen preliminar el Fiscal rechaza la veracidad de las informaciones que estos grupos le han transmitido, negándose en consecuencia a abrir una investigación formal, su decisión podría provocar las críticas, e incluso las iras de quienes se hubieran constituido sin éxito en transmisores de la *notitia criminis*.

En suma, por su alcance y relevancia político-jurídica, la Fiscalía de la CPI estará siempre en el punto de mira, y será cuestionada tanto por lo que haga como por lo que deje de hacer. En su grandeza reside su vulnerabilidad, por lo cual, además de la aplicación efectiva de los controles jurisdiccionales previstos en el Estatuto de Roma, reviste una gran importancia la elección del candidato idóneo. La persona que en cada momento desempeñe el cargo de Fiscal deberá aunar carisma personal y pericia jurídica para evitar que las acusaciones de parcialidad política o pasividad, que previsiblemente serán vertidas desde todas las instancias, incluyendo las propias víctimas, dañen el prestigio y la credibilidad de la CPI e incluso impidan su funcionamiento.

En este mismo orden de cosas, creemos que el debate sobre cómo controlar al Fiscal y garantizar su responsabilidad ha podido desviar la atención sobre el núcleo del problema. A nuestro juicio, la clave reside no sólo en tratar de eli-

³⁵ A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, en «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 *Creación de una jurisdicción...*, op. cit., pp. 167-190, y en *La criminalización de la barbarie...*, op. cit., pp. 481-502.

minar la discrecionalidad política en sus actuaciones, evitando que la acción penal se active por intereses ajenos a la justicia internacional, sino sobre todo, en reflexionar acerca de si el diseño que el Estatuto de Roma traza de la Fiscalía es o no el más idóneo, y en especial, hasta qué punto el protagonismo atribuido al Fiscal ha reducido el nivel mínimo de garantías en el proceso penal, menoscabando los derechos que asisten a las personas investigadas o acusadas de la comisión de crímenes de la competencia de la Corte.

Expuesto este temor, insistimos en que, una vez decididos los mecanismos de activación de la acción penal, la segunda gran cuestión para completar el diseño de los aspectos procesales el Estatuto consistía en la elección de un modelo de proceso penal. A grandes rasgos, durante los trabajos preparatorios se barajaron dos alternativas, inspiradas en los Derechos internos.

La primera opción consistía en trasladar a la CPI el modelo inquisitorio dominante en el Derecho continental (*civil law*), en el cual se atribuye a un órgano independiente e imparcial –nuestro juez instructor– el desarrollo de la investigación y la instrucción.

La segunda posibilidad, por el contrario, descansaba en la importación del sistema acusatorio dominante en el Derecho anglosajón (*common law*), en el que el Fiscal (*Prosecutor* o *Attorney General*) actúa no como un tercero imparcial, sino como una parte en el proceso que defiende una posición subjetiva en el transcurso de un procedimiento público y contradictorio.

A la postre, en la decisión final volvió a pesar el precedente de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda. De hecho, en los Estatutos y Reglamentos de ambos tribunales *ad hoc* se consagra un sistema mixto, un híbrido a caballo entre el modelo continental y anglosajón, que el Estatuto de Roma ha reproducido. Por tanto, podríamos concluir que la CPI se ha decantado por un proceso de impronta acusatoria aderezado con algunos ingredientes del modelo inquisitorio.

En esta línea, el análisis de las facultades y los principios que rigen la actuación del Fiscal nos va a permitir ratificar la originalidad y la especialidad del proceso seguido en la CPI, que lo diferencia tanto de los procesos penales internos como de los que se sustancian ante otros tribunales internacionales. La autonomía del proceso penal ante la CPI y su especificidad es el resultado de la combinación de los dos grandes modelos, continental y anglosajón, así como de la política de consenso y negociación en bloque (*package deal*) seguida en la Conferencia de Roma. La recepción de conceptos procesales extraídos de diferentes tradiciones jurídicas explica la original nomenclatura procesal empleada en el Estatuto, impide que podamos aplicar parámetros internos, y justifica la perplejidad que nos asalta al comprobar la presencia de elementos procesales extraños no ya al Derecho español, sino a cualquier otro ordenamiento nacional, ya que el proceso ante la CPI no se ajusta a ningún modelo conocido.

2. El papel del Fiscal durante la instrucción

Al analizar los principios rectores de la actuación del Fiscal ha quedado de manifiesto que sólo al Fiscal compete valorar si procede o no la apertura de una investigación, si bien su decisión deberá ser confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares cuando la haya adoptado de oficio, es decir sin que medie denuncia previa de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad³⁶.

Una vez iniciada la investigación³⁷, el Fiscal se convierte en el *dominus* o señor de la instrucción, teniendo atribuidas un amplio conjunto de funciones relacionadas con³⁸:

- la recopilación de pruebas, incluyendo el interrogatorio de los investigados, las víctimas y/o los testigos, así como el examen de las circunstancias «tanto incriminantes como eximentes»³⁹;
- peticiones de cooperación para la realización de investigaciones en el territorio de los Estados Partes⁴⁰;
- solicitudes para la práctica de las denominadas «pruebas de oportunidad única», es decir, aquellas que habrán de realizarse anticipadamente porque quizás no puedan repetirse luego en el transcurso del juicio oral. No obstante, la Sala de Cuestiones Preliminares, en su condición de garante del principio de igualdad de armas, debe velar porque las pruebas anticipadas sean conocidas por la persona investigada y por su representante legal, de manera que su ejecución en modo alguno lesione los derechos de la defensa.

³⁶ De hecho, el Estatuto no utiliza nunca la expresión denuncia, sino que técnicamente se refiere a la «remisión de una situación» por un Estado Parte (artículo 14) o por el Consejo de Seguridad (artículo 13.b). El Fiscal deberá solicitar y obtener la pertinente autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para proceder a la apertura de una investigación cuando actúe *motu proprio*, y deberá informar de su decisión a las víctimas para que, si lo deseen, puedan presentar observaciones (artículo 15.3 y Reglas 46-50). De hecho, la necesaria autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación formal siempre que el Fiscal actúe *motu proprio* es el primer ejemplo del control jurisdiccional antes referido (artículo 15.3). Por el contrario, en el caso de que la investigación tenga su origen en remisiones provenientes de un Estado Parte (artículo 13.a) o del Consejo de Seguridad (artículo 13.b), el Fiscal no necesita de autorización previa, ya que, como señala ZAPPALA, la intervención de la Sala está ligada a la necesidad de controlar la Fiscalía más que al reconocimiento de garantías procesales que tutelen los intereses de las personas investigadas. *Vid. ZAPPALA, op. cit.*, p. 62.

³⁷ Cabe otra posibilidad, que consiste en que el Fiscal considere que no existe fundamento razonable para proceder a la investigación. La Sala de Cuestiones Preliminares examinará e incluso revocará dicha decisión de no investigar si, como hemos apuntado, se basara únicamente en consideraciones de oportunidad política (artículo 53 y Regla 50).

³⁸ El Estatuto analiza de manera detallada las facultades del Fiscal tanto en el inicio de las investigaciones como durante las mismas (arts. 33 y 54 y Sección II de las Reglas).

³⁹ La obligación de investigar «tanto las circunstancias incriminantes como las atenuantes» (artículo 54.1.a), es consecuencia del principio de imparcialidad que debe presidir toda las actuaciones del Fiscal. Durante dichas investigaciones el Fiscal garantizará la confidencialidad de los testimonios (Regla 46).

⁴⁰ De hecho, el artículo 98.4 del Estatuto permite al Fiscal ejecutar directamente las solicitudes de cooperación respecto de Estados Partes, sin necesidad de contar con el permiso previo de las autoridades de dicho Estado (*on site investigations*) cuando la cooperación solicitada pueda ejecutarse sin necesidad de recurrir a medidas coercitivas. El reconocimiento de esta facultad al Fiscal de la CPI merece una valoración altamente positiva, en tanto que implica una superación de los mecanismos tradicionales de cooperación y asistencia judicial, anticipando algunos de los avances que con posterioridad se han registrado en el contexto de la Unión Europea.

Salvo que el Fiscal considere que no existen indicios racionales de criminalidad, en cuyo caso decretará el archivo de las actuaciones tras la pertinente confirmación de la Sala de Cuestiones Preliminares, en los restantes supuestos, concluida la investigación o incluso en el transcurso de las misma, el Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte una orden de detención o una orden de comparecencia.

Tanto el Fiscal como la Sala de Cuestiones Preliminares valorarán el grado de presunta responsabilidad penal de la persona investigada (*fumus boni iuris*) y el riesgo de fuga (*periculum in mora*). Si consideran que el investigado no intentará eludir la acción de la justicia, en lugar de una orden de detención el Fiscal deberá solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte una orden de comparecencia. En cualquiera de los dos casos, el Fiscal consignará en su petición los datos necesarios para identificar a la persona a la que se dirija la orden de detención y/o comparecencia, junto con una relación detallada de los hechos y crímenes que se le imputan⁴¹.

El paso siguiente, una vez que el Fiscal haya reunido pruebas suficientes para sustentar el procesamiento, consiste en la celebración de una «audiencia de confirmación de los cargos». Dicha audiencia se celebrará en un «plazo razonable», y por tanto indeterminado, a partir de que la persona investigada se encuentre a disposición de la Corte, presumiblemente a resultas de la efectiva colaboración estatal en la ejecución de la orden de detención y/o comparecencia antes aludida⁴².

En la audiencia de confirmación de cargos la persona investigada se transforma formalmente en «imputada», de ahí la importancia de que este acto se celebre en contradictorio, es decir, en su presencia y la de su abogado defensor. Además, se supone que previamente la defensa tendría que haber recibido, en un «plazo razonable», que se concreta en un mínimo de treinta días antes de la fecha fijada para la audiencia, el escrito de calificación del Fiscal⁴³. Es también en este momento procesal en el que teóricamente debería producirse el levantamiento del velo al que luego nos referiremos, es decir, la revelación de cualquier información o prueba que hasta entonces obrase en poder del Fiscal y que el imputado y su defensa desconocieran. Del cumplimiento de todas estas prescripciones dependerá que el imputado disponga del tiempo, los medios y la información necesaria para ejercer su derecho a la defensa, lo que le permitirá impugnar los cargos y pruebas presentadas por el Fiscal y aportar las pruebas de descargo.

⁴¹ Las órdenes de detención y/o comparecencia se adoptarán por las mismas razones que se solicita la adopción de medidas cautelares en los ordenamientos internos. De hecho, la orden de detención se asemeja al auto de procesamiento, aunque la consignación por el Fiscal de los datos de la persona buscada y de los cargos que se le imputan lo asimilan a una especie de adelanto del escrito de conclusiones provisionales de la acusación. Vid. GÓMEZ GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 281 y LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 188-191.

⁴² Una vez que la persona esté a disposición de la Corte, debido a la aplicación de la orden de detención y/o comparecencia, se le llevará «inmediatamente» ante la Sala de Cuestiones Preliminares, se le informará de los derechos que le asisten y se fijará una fecha para la celebración de la audiencia de confirmación de cargos (artículos 58-60, y Regla 121).

⁴³ Artículo 61.3 y toda la Sección V de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Reglas 121 a 126).

En función de lo acaecido durante la audiencia de confirmación de cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares dispone de dos opciones:

- a) Confirmar los cargos que considere suficientemente probados, en cuyo caso asignará al ya acusado una Sala de Primera Instancia, lo que implica la apertura formal del juicio oral⁴⁴.
- b) Pedir al Fiscal que presente nuevas pruebas, realice investigaciones adicionales o modifique alguno de los cargos. Si acordara cualquiera de estas peticiones, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá asegurarse de que el Fiscal actúe con la mayor diligencia, porque recordemos que el acusado pudiera estar privado de libertad desde que comenzó la investigación como resultado de una orden de detención.

En todo caso, la desigualdad entre las partes, presente durante toda la instrucción, culmina con la atribución al Fiscal de la facultad de modificar los cargos incluso después de que hayan sido confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares. De obtener la autorización de la Sala para modificar su calificación inicial, tan sólo se le exige que notifique al acusado, al menos 15 días antes de la audiencia, los cambios introducidos, o que pida una nueva audiencia si su intención es presentar nuevos cargos o agravar los anteriores⁴⁵. Cabe de nuevo preguntarse hasta qué punto esta facultad del Fiscal, pese a la supervisión de la Sala, menoscabaría gravemente el derecho de los imputados a disponer del tiempo y la información necesaria para preparar adecuadamente su defensa.

Confirmados definitivamente los cargos, será la Sala de Primera Instancia asignada la que se ocupe del enjuiciamiento. No obstante, la celebración de un juicio justo sólo será posible si previamente se ha garantizado una instrucción justa, y desde ésta óptica, el papel atribuido al Fiscal de la CPI nos suscita algunas dudas justificadas.

Por una parte, la inexistencia de un juez instructor, sumado a las peculiaridades del proceso penal internacional, pueden provocar una insuficiente diferenciación entre la investigación y la acusación. De hecho, el Fiscal de la CPI es el dueño y señor del procedimiento preliminar, como lo es el juez instructor en nuestro Derecho interno, pero con la gran diferencia de que es a él a quién compete luego ejercer la acusación, con lo cual peligraría uno de los presupuestos básicos de la justicia penal, pese a que el principio de imparcialidad obligaría a la Fiscalía a investigar y obtener tanto las pruebas de cargo como las de descargo. A ello vendría a sumarse que, al carecer de una policía judicial propia, el Fiscal necesitará, e incluso dependerá para llevar a buen

⁴⁴ La no confirmación de cargos significa de hecho el sobreesimiento provisional, es decir, la terminación del proceso, aunque el Fiscal puede intentar posteriormente la confirmación de los cargos siempre que presente pruebas adicionales (artículo 61). A diferencia de lo que sucede en Derecho interno español, contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de no confirmar los cargos no cabe recurso alguno.

⁴⁵ Regla 121.5 y 6. La misma obligación impuesta al Fiscal pesa también sobre el imputado, quien 15 días antes de la fecha de la audiencia deberá entregar a la Sala de Cuestiones Preliminares, para que ésta a su vez se la transmita al Fiscal, una lista con las pruebas de descargo que piensa presentar.

puerto sus investigaciones, del auxilio de entidades diversas tales como ONG's o colectivos de particulares y, fundamentalmente, de la colaboración de las autoridades estatales, ya sean o no partes en el Estatuto de la CPI.

Por otra parte, el panorama expuesto se complica aún más debido a la desigualdad de armas entre las dos partes durante la instrucción. En efecto, siguiendo la lógica que preside los Derechos internos, el Estatuto ha otorgado a la Fiscalía una posición de privilegio respecto al imputado, por razón de la propia naturaleza de las investigaciones, y por la premisa de que sólo así podrá neutralizarse la ventaja previa de la que teóricamente gozan los presuntos autores para tratar de sustraerse a la acción de la justicia. Sin embargo, el desequilibrio entre acusación y defensa se ha exacerbado tanto durante esta primera fase procesal que podría infringir el derecho a un proceso con las debidas garantías, que exige que acusación y defensa dispongan de las mismas posibilidades de alegación, prueba e impugnación. Este exagerado desequilibrio se hace especialmente patente en tres actuaciones procesales:

- En la indeterminación del plazo máximo de duración de la orden de detención. Como ha quedado de manifiesto, a solicitud del Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá emitir una orden de detención y/o entrega de la persona investigada que permanecerá en vigor indefinidamente, hasta que se acuerde lo contrario. El único requisito, al que ya nos hemos referido, es que «*la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal*»⁴⁶. Al margen de que podría haberse desnaturalizado esta medida cautelar, al desproveerla de la necesaria excepcionalidad y provisionalidad, cabe plantearse si la eventual vigencia indefinida de la orden de detención no contraviene el derecho fundamental a la libertad y la seguridad jurídica que asiste a toda persona detenida y a la espera de juicio⁴⁷.
- En la posibilidad de que, pese a la regla general, la audiencia de confirmación de cargos se celebre *in absentia* cuando el imputado haya renunciado a estar presente, se haya fugado o se encuentre en paradero desconocido. El problema estriba en que en estos casos el imputado solo estará representado por su defensor «*cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia*». En nuestra opinión, la mera posibilidad de que se confirmen los cargos contra un acusado sin su presencia y sin asistencia letrada es, en sí misma, incompatible con el interés de la justicia, máxime cuando además la Sala de Cuestio-

⁴⁶ Vid. artículo 60.4 del Estatuto y la Regla 118. 2, en donde se prevé que la Sala de Cuestiones Preliminares tendrá que revisar su providencia sobre la libertad o detención de la persona investigada al menos cada 120 días.

⁴⁷ En relación con la indeterminación de la duración de la detención preventiva, sus semejanzas y diferencias con la detención provisional prevista en los derechos internos, las peticiones de libertad provisional que puede presentar ante la Sala de Cuestiones Preliminares, y la ejecución de dichas órdenes por el Estado requerido, véanse los artículos 60, 89, 91, 92 y la Sección V de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Regla 117 a 120), junto a los comentarios de CABEZUDO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 90 y ss., así como el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

nes Preliminares puede restringir la revelación de información a la defensa, dictando providencias que presumiblemente dificultarían al imputado su derecho a impugnar los cargos presentados por el Fiscal y a presentar pruebas de descargo⁴⁸.

- Finalmente, pero no menos importante, en que los derechos y garantías procesales de los que goza la persona investigada no son tan amplios ni tan efectivos como los que el Estatuto atribuye luego a los acusados durante el juicio oral. En este sentido, con posterioridad se ha precisado que las personas que comparezcan ante la Corte al objeto de fijar la fecha de la audiencia de confirmación de cargos gozarán de los mismos derechos reconocidos a los acusados, pero no se predica idéntica extensión de las garantías procesales para los imputados en rebeldía⁴⁹.

3. Las funciones del Fiscal en el juicio oral

Con la confirmación de los cargos y la lectura del auto de procesamiento concluye la instrucción y da comienzo la segunda fase del proceso ante la CPI, que el Estatuto denomina «Del juicio»⁵⁰. En concreto, la apertura del plenario tendrá lugar a partir del momento en que el Secretario de la Corte traslade el sumario desde la Sala de Cuestiones Preliminares a la Sala de Primera Instancia. De entre las numerosas funciones atribuidas al Fiscal en esta fase intermedia destacan, por orden cronológico, las siguientes:

A) Se ha anticipado ya que la primera función del Fiscal consiste en trasladar al acusado todas aquellas informaciones o documentos ocultos hasta entonces que obrasen en su poder, con la suficiente antelación para que pueda preparar su defensa adecuadamente. El levantamiento del velo (*disclosure of evidence*) comprenderá la comunicación a la defensa de los nombres de los testigos de cargo, la entrega de una copia de sus declaraciones, así como la prestación de facilidades al abogado defensor para que examine las pruebas de cargo. La defensa tiene parecidas obligaciones de revelación de información y pruebas para con el Fiscal, pero su incumplimiento no trae aparejada las mismas consecuencias procesales⁵¹.

La obligación de divulgación de las pruebas de cargo no es, sin embargo, absoluta, ya que el Fiscal está autorizado para solicitar que se limite la revela-

⁴⁸ Sobre este particular, LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 192. También las Reglas 123 a 126, en las que, aunque no se subsana la deficiencia de fondo apuntada respecto a la asistencia letrada del imputado, se intenta asegurar su presencia en la audiencia, y si ello no resultara posible, se precisa que «si la Sala de Cuestiones Preliminares admitiera la participación del abogado del imputado en las actuaciones, éste ejercerá en representación del imputado todos los derechos que le asisten» (Regla 126.2).

⁴⁹ Artículo 58 en relación con la Regla 121.1

⁵⁰ Parte VI del Estatuto «Del juicio», artículos 62-76. Bajo esta rúbrica se regulan un conjunto heterogéneo de cuestiones, algunas de las cuales tienen que ver, más que con la celebración del juicio oral en sí mismo, con los requisitos para la adopción del fallo, la reparación y la indemnización a las víctimas.

⁵¹ Artículo 64.3 c) en relación con la Regla 84.

ción de informaciones o pruebas antes del juicio al objeto de garantizar la protección de investigaciones en curso o futuras, la seguridad de los testigos y/o las víctimas o la confidencialidad de ciertas informaciones. Si así fuera, el principio de igualdad de armas impedirá su posterior presentación como prueba en la audiencia de confirmación de cargos o en el juicio, a menos que el Fiscal se las transmita a la defensa del acusado con tiempo suficiente para que ésta pueda impugnarlas o refutarlas.

B) La segunda atribución, y sin duda la más sobresaliente, de que dispone el Fiscal durante el juicio es la facultad de solicitar la adopción de medidas protectoras de las víctimas y los testigos, a fin de salvaguardar su participación en las actuaciones. Esta potestad se traduce, entre otras, en la posibilidad de celebrar los juicios a puerta cerrada y en la presentación de pruebas por anticipado utilizando medios electrónicos tales como la videoconferencia, lo que supone una excepción a la regla general según la cual la prueba testifical debe rendirse personalmente en el juicio, con el consiguiente perjuicio del derecho de la defensa a interrogar en el juicio oral a los testigos de cargo⁵².

Ya hemos anticipado que, a nuestro entender, éste es uno de los aspectos más criticables del Estatuto, puesto que, aunque se contempla que las restricciones a la obligación de revelación de información o de práctica de las pruebas sólo resultaran admisibles «a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio», lo cierto es que, si el Fiscal lo solicita, la Corte puede autorizar que no se revele la identidad de los testigos, las víctimas o sus familiares justo hasta el comienzo del juicio, de la misma manera que puede permitirle presente un simple resumen de las pruebas de cargo. De hecho, una lectura integrada de las disposiciones que regulan esta materia no excluye ni que se mantenga oculta la identidad de los testigos de cargo incluso durante la vista oral, ni que se imposibilite su conainterrogatorio ni que, como señala RODRÍGUEZ CARRIÓN, la facultad del Fiscal de presentar un simple resumen de la información y las pruebas de cargo se haga extensible al juicio, en cuyo caso el abogado defensor difícilmente estará en disposición de refutar las acusaciones del Fiscal, y menos aún, de argumentar su defensa, lo que supondría la indefensión real del acusado⁵³.

⁵² Para entender la dificultad para conciliar la adopción de medidas protectoras de las víctimas y los testigos con el derecho del acusado a un juicio justo, que evidentemente trae aparejado el derecho a conainterrogar a los testigos de cargo, es necesario conocer y tomar como referente la jurisprudencia internacional tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como, muy especialmente, de los Tribunales «ad hoc» de Yugoslavia y Ruanda. *Vid.* entre otros, F. J. HAMPSON, «The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the reluctant witness», *47 International and Comparative Law Quarterly* (1998), pp. 50-74; J. K. COGAN, «The Problem of Obtaining Evidence for the International Criminal Court», *22 Human Rights Quarterly* (2000-2), pp. 404-427; P. L. ROBINSON, «Ensuring Fair and Expeditious Trials at the International Criminal for the former Yugoslavia», *11 European Journal of International Law* (2000-3), pp. 569-591.

⁵³ Así se desprende de los artículos 69 y 72 del Estatuto y Reglas 81 y ss. En palabras de RODRÍGUEZ CARRIÓN, «Técnicamente no es comprensible que en los artículos dedicados al juicio aparezca una posibilidad referida a un momento anterior a la celebración del juicio, salvo que el resumen de las pruebas y la información sea igualmente extensible al momento del juicio, como puede deducirse de los artículos 69 y 72, en cuyo caso la imposibilidad del acusado de discutir unas pruebas o información, de las que sólo conoce el resumen presentado por el Fiscal, puede suponer una indefensión real». A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, «Aspectos procesales más relevantes...», en *Creación de una jurisdicción penal...*, op. cit., p. 189.

En este sentido, y a la luz de la experiencia de los Tribunales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda, conviene recordar que el afán protector de las víctimas y los testigos que caracteriza el proceso ante la CPI tiene un límite infranqueable, que el propio Estatuto fija: el respeto de los derechos del acusado y en particular, de un juicio justo e imparcial.

C) La tercera función del Fiscal en el juicio oral se deriva de la vigencia de la presunción de inocencia y del monopolio de la acusación, y consiste en la obligación de probar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado. Por lo tanto, al Fiscal corresponderá demostrar, sin rastro de incertidumbre, todos y cada uno de los elementos del crimen, ya que si no consigue aportar suficientes pruebas inculpatorias, la Corte deberá ordenar la absolución del procesado. Por el contrario, si las pruebas resultaran tan concluyentes como para que el propio acusado aceptara los cargos presentados por el Fiscal, el Estatuto ha previsto que un procedimiento de conformidad con efectos similares a nuestra confesión y a la *guilty plea* del Derecho anglosajón⁵⁴.

4. *La intervención del Fiscal durante la terminación del proceso*

La presencia activa del Fiscal, y las extraordinarias facultades de las que goza en las dos fases del proceso se prolongan incluso más allá de la adopción de la sentencia en tres momentos posteriores: en la determinación de la pena aplicable; en la impugnación de los fallos dictados, y durante la ejecución de la condena.

A) Por lo que concierne a la determinación de la pena aplicable, el Estatuto ha previsto un procedimiento especial, similar al seguido en los juicios con jurado, y que técnicamente equivale a la apertura de un incidente, en el transcurso del cual, el Fiscal o el acusado podrán solicitar a la Sala de Primera Instancia, o ésta acordar de oficio, la celebración de una nueva audiencia a fin de practicar diligencias probatorias adicionales o atender a las observaciones que se presentaran sobre asuntos relacionados con la imposición de la pena⁵⁵.

Se celebre o no esta segunda vista, corresponderá a la Corte determinar cuál de las penas de reclusión previstas en el Estatuto es adecuada a cada caso⁵⁶. Si la Corte decidiese imponer una pena pecuniaria adicional a la priva-

⁵⁴ Vid. artículo 65 del Estatuto y Regla 139. No obstante, para obtener la conformidad es necesaria la aquiescencia de la Sala de Primera Instancia, porque, a diferencia de los derechos en los que se acepta la libre negociación entre acusación y defensa, el Estatuto muestra también en este aspecto una preocupación constante por asegurar el respeto de las garantías del acusado.

⁵⁵ Artículo 76.2. y 3 y Regla 143.

⁵⁶ Las penas estatutariamente previstas (artículo 77) son en realidad dos: penas privativas de libertad, incluyendo la reclusión a perpetuidad en supuestos de extrema gravedad del crimen y de circunstancias especiales del condenado (771.b), y penas pecuniarias complementarias, consistente en multas y decomisos (artículo 77.2). Por supuesto queda excluida la pena de muerte. Sobre la pena de reclusión a perpetuidad, los comentarios del Grupo de Estudios de Política Criminal en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 31-36, así como la declaración formulada por España al ratificar el Estatuto de la CPI, en la que se supedita la colaboración del estado español con la CPI en la ejecución de condenas al hecho de que al condenado recibido en nuestro país no se le haya impuesto una condena superior a la máxima prevista con arreglo a la legislación española. Disposición adicional única a la Ley 6/2000, de 4 de octubre: «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración máxima de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española».

tiva de libertad, el Fiscal está facultado para solicitar la prolongación de la reclusión cuando el condenado se negara, reiterada y deliberadamente, a pagar la multa que le hubiera sido impuesta, debiendo facilitar asimismo el cumplimiento de las órdenes de decomiso que se hubieran acordado⁵⁷.

Al margen de esta primera intervención, los poderes más sobresalientes atribuidos al Fiscal en la terminación del proceso se refieren a la posibilidad de impugnar los fallos dictados por la Corte. En este sentido, pese a su extrema parquedad, el Estatuto de Roma reconoce al Fiscal y al condenado legitimación para impugnar la práctica totalidad de las decisiones adoptadas por la Corte, a saber:

- los fallos, ya sean condenatorio o absolutorios;
- la imposición de la pena y,
- las decisiones sobre la reparación.

Lógicamente su actuación será también determinante en la presentación, si procede, de los recursos de apelación contra las sentencias y/o resoluciones interlocutorias dictadas por la Corte, así como cara a una eventual revisión de las sentencias o resoluciones dictadas en primera instancia⁵⁸.

Finalmente, sin perjuicio de que la ejecución de las penas privativas de libertad dictadas por la Corte sea responsabilidad de los Estados Partes, el Fiscal tiene reservado un lugar propio en el complejo sistema de supervisión de la ejecución y las condiciones de cumplimiento de la reclusión. Así, tanto el Fiscal como el reo pueden pedirle a la Corte un cambio en la designación del Estado de ejecución de la pena⁵⁹, debiendo además ser oídos si dicho Estado pretendiera modificar de cualquier manera el régimen penitenciario original⁶⁰. En esta misma línea, en el caso de que la Sala de Apelaciones estudiara reducir la pena de reclusión impuesta al condenado, el Fiscal podrá presentar sus observaciones al respecto, de la misma manera que estará facultado para pronunciarse por escrito si se plantease la obligación de indemnizar a una persona injustamente detenida o condenada⁶¹.

VI. REFLEXIONES FINALES

De este abigarrado y denso repaso de la figura del Fiscal de la CPI avanzamos dos reflexiones finales, a modo de conclusión.

La primera reflexión es de carácter general, y tiene que ver con el llamado proceso de «judicialización» que está experimentando la Sociedad Internacio-

⁵⁷ Artículo 75 y Regla 146, y artículo 77 y Regla 147, respectivamente.

⁵⁸ Sobre la fase de impugnación, y la regulación de los recursos de apelación y la revisión, la Parte VII del Estatuto (artículos 81-85), y el Capítulo 8 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (reglas 149-161), así como el análisis pormenorizado de los motivos, los efectos de la interposición de los recursos en CABEZUDO RODRÍGUEZ, *La Corte Penal...*, *op.cit.*, pp 149-157.

⁵⁹ Artículo 104 y Reglas 209-210.

⁶⁰ Artículo 108 y Regla 214.

⁶¹ Artículo 110 y Regla 224, y artículo 85 y Regla 173, respectivamente.

nal. La creciente proliferación de tribunales internacionales ha alcanzado su punto de inflexión con la constitución de la CPI, primer órgano jurisdiccional independiente, universal y permanente con competencia penal. Primero la firma, y luego la entrada en vigor del Estatuto de Roma, han reactivado el debate recurrente acerca del modo en que se debe ejercitar el *ius puniendi* por parte de la Comunidad Internacional en el marco de órganos jurisdiccionales internacionales. En este contexto la configuración de la Fiscalía de la CPI se presenta como un reto, en tanto que obliga a diseñar una institución nueva y dotada de unos poderes sin precedentes en el ámbito internacional.

En realidad, esta necesidad de regulación surge tardíamente, sobre todo en comparación con la experiencia acumulada en los derechos internos, donde la ordenación del Ministerio Fiscal constituye aún hoy una cuestión clave en la conformación del propio Estado. La demora, sin embargo, resulta comprensible en virtud de los rasgos específicos que caracterizan a la Sociedad y el Derecho internacional, y sólo ha podido subsanarse a partir de la aceptación de que la lucha contra la impunidad de los crímenes de especial gravedad para la Comunidad Internacional en su conjunto debe ser el objetivo primordial de la cooperación internacional, además de uno de los presupuestos indispensables para la paz y la seguridad internacionales.

Sin duda, nos enfrentamos con un reto complejo, que ya en los ordenamientos nacionales ha revelado su dificultad, así como las profundas implicaciones, tanto técnicas como jurídicas, que trae aparejadas. Por ello nos atrevemos a hacer extensible la tesis de DÍEZ-PICAZO al ámbito internacional, de manera que, al igual que sucede en los Derechos internos con la institución de la Fiscalía, la configuración del Fiscal de la CPI constituye también un «problema constitucional» del ordenamiento jurídico internacional, en tanto que está llamado a convertirse en un valioso indicador del grado de evolución jurídica y política de la Sociedad Internacional Contemporánea⁶².

La segunda reflexión desciende de lo general a lo particular, y concierne específicamente a la valoración que nos merece la figura del Fiscal previsto en el Estatuto de Roma. Si utilizamos como baremo los aspectos institucionales, los principios reguladores y las funciones y poderes que se le han atribuido en las diferentes fases procesales, es decir, las cuestiones objeto de nuestro examen, la valoración general es positiva. Ciertamente, está muy lejos de ser la regulación ideal, pero probablemente sea la mejor de las posibles.

Pese a ello, es evidente que el diseño presenta numerosas quebras. En la casilla del «debe» hay que consignar algunas deficiencias reales y otras hipotéticas o de futuro. Paradójicamente, se ha insistido poco en las primeras y se ha

⁶² En realidad suscribimos y aplicamos al análisis de la figura del Fiscal de la CPI la teoría de DÍEZ-PICAZO, que ha abordado la cuestión del Ministerio Fiscal como problema constitucional en los siguientes términos: «El modo en que un determinado ordenamiento regula el ejercicio de la acción penal no debe ser abordado como una mera cuestión técnica. Antes al contrario, se trata de un óptimo indicador de la cultura jurídica y la organización política de cada país. El diseño del mecanismo a través del cual se pone en marcha el *ius puniendi* del Estado encierra, pues, un problema constitucional en el sentido más profundo del término». L. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 32.

discutido mucho de las segundas. En este orden de cosas, hemos alertado, como en general lo ha hecho la totalidad de la doctrina que se ha ocupado de la materia, sobre los peligros que entraña el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, sobre la eventual dependencia del Fiscal de fuentes no siempre fidedignas, y, sobre todo, de que su excesivo protagonismo puede convertirse en su «talón de Aquiles», en detrimento de la credibilidad y de la eficacia de la propia CPI.

Sin embargo, para afrontar las previsibles deficiencias que pueden aquejar al Fiscal de la CPI contamos con una ventaja nada desdeñable: que la legítima preocupación acerca de un excesivo activismo, de un desmesurado afán de protagonismo, o el recelo respecto a la «politización de la justicia internacional» o la «judicialización de la política internacional» son viejos compañeros de viaje de los derechos internos. Precisamente las experiencias nacionales, y muy en particular la práctica española derivada del recurso al principio de jurisdicción universal, debieran permitirnos extraer algunas enseñanzas. Una vez más, la clave estriba no en las instituciones, en este caso el diseño de la figura del Fiscal de la CPI, sino en el uso que de las mismas se haga.

Con todo, el debate sobre los problemas potenciales que pueden aquejar al Fiscal parece haber empañado la relevancia de otras cuestiones, relacionadas también con los macro-poderes que el Estatuto de Roma concede a la Fiscalía. De una parte, que las funciones del Fiscal durante todo el proceso descansan en una insuficiente diferenciación de la investigación y la acusación, lo que implica quebrar uno de los pilares fundamentales de todo proceso penal. De otra, que haciendo uso de las extraordinarias facultades de las que goza a lo largo de todas las fases del proceso penal, el Fiscal puede perjudicar gravemente los derechos de los acusados, hasta el extremo de provocar su indefensión. Nada sería peor que la Fiscalía de la CPI empezara a funcionar en un futuro inmediato condicionada por peligros virtuales, pero sin tener plena conciencia de cuáles son, al día de hoy, sus verdaderos lastres. Al fin y al cabo, del riguroso respeto de los derechos y garantías procesales dependerá, mucho más que de grandilocuentes disquisiciones teóricas, la justicia de los juicios y, por ende, la efectividad misma de la jurisdicción penal internacional. Como señaló el Secretario General de la ONU en la sesión inaugural de la CPI que tuvo lugar el 11 de marzo de 2003 «There must be justice, not only in the end result, but also in the process»*.

* Secretary-General's Statement to the Inaugural Meeting of Judges of the ICC. <http://www.un.org/apps/sq>

Presentación

Estudios

José Juan Toharia: *La imagen del Ministerio Público en la sociedad*

Santos Pastor y Rosemary Barberet: *El Ministerio Fiscal y el Sistema de Justicia Criminal: elementos para un análisis económico y criminológico*

Fernando Santaolalla López: *Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento (en torno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal)*

Fernando Rey Martínez: *Gobierno, Administración de Justicia y Ministerio Fiscal*

Victor Moreno Catena: *El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho*

Alberto Manuel López López: *Ministerio Fiscal y reforma del proceso penal. Normas y principios*

Teresa Armenta Deu: *El fiscal instructor, ¿es necesario?*

Fernando Herrero-Tejedor: *El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales*

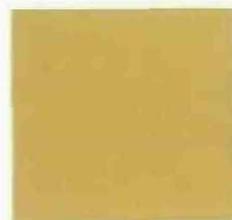
Marie-José Garot: *¿Un Fiscal Europeo?*

Magdalena Martín Martínez: *El Fiscal de la Corte Penal Internacional: ¿un nuevo modelo de órgano acusador?*

ISSN 1138-2848



9 771138 284808



Cuadernos de
**DERECHO
PUBLICO**



MINISTERIO
DE ADMINISTRACIÓN
JURÍDICA

INAP