

PROF. CARMELO BORREGO. EL MINISTERIO PÚBLICO EN SU ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL Y EL PROCESO PENAL LLEVADO ANTE EL SISTEMA JURISDICCIONAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.85-113.REVISTA CENIPEC.25.2006. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. CARMELO BORREGO

**EL MINISTERIO PÚBLICO EN SU AMBITO NACIONAL E
INTERNACIONAL Y EL PROCESO PENAL LLEVADO ANTE
EL SISTEMA JURISDICCIONAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Fecha de recepción: 10/12/2005. Fecha de aceptación: 11/03/2006

PROF. CARMELO BORREGO
Universidad Central de Venezuela
Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas
Caracas - Venezuela
icpc@cantv.net

Resumen

La actividad del Ministerio Público en los últimos tiempos ha adquirido mayor relevancia dado el rol protagónico que ha tenido con respecto a la titularidad de la acción penal y principalmente en relación con la persecución del mismo orden. Ese papel protagónico se pone de manifiesto a partir de la vigencia del sistema jurisdiccional de la Corte Penal Internacional; pero con variaciones importantes, debido a que conforme al Estatuto de creación de la CPI las respectivas Salas que integran a este tribunal ejercen controles en el desarrollo de las causas que se tramitarán ante esa jurisdicción. En general, en el trabajo se realiza una evaluación de los aspectos procedimentales y la actividad de los sujetos procesales de cara al diseño legal formulado en el Estatuto.

Palabras clave: Ministerio público, corte penal internacional, competencia, formulación de cargos, audiencia oral, juicio, acceso a la justicia, legalidad, lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, agresión, doble incriminación, acusación, organización naciones unidas.

The public prosecutor in the national and international spheres and criminal procedure in the international criminal court.

Abstract

The activity of the public prosecutor has become more relevant of late, given the active role that has been assigned to this figure in the prosecution of criminal cases, especially in the pursuit of order. The prosecutor's active role became evident with the creation of the International Criminal Court; although with some important variations, because the ICC's statute gives the different Chambers control over the development of the cases that are heard. The article evaluates the procedural aspects and the activity of the key procedural actors as set out in the ICC statute.

Key words: public prosecutor, international criminal court, access to justice, crimes against humanity, genocide, war crimes, united nations

**Le ministère public dans le cadre national
et international et le processus pénal mené devant
le système judiciaire de la cour pénale internationale.**

Résumé

L'activité du Ministère Public pendant ces dernières années a acquis une majeure importance, étant donné le rôle principal qui a joué par rapport à la titularisation de l'action pénale et, principalement, en ce qui concerne la relation avec la poursuite du même ordre. Ce rôle principale se manifeste à partir de la validité du système judiciaire de la Cour Pénale Internationale, mais avec certaines variations importantes, puisque de conformité avec le Statut de création de la CPI, les Salles respectives qui intègrent ce tribunal, contrôlent le développement des causes qui seront traitées devant cette juridiction. En général, ce travail réalise une évaluation des aspects procéduraux et de l'activité des sujets procéduraux, face au modèle légal formulé dans ledit Statut.

Mots clés: Ministère public, cour pénale internationale, accès à la justice, lésa humanité, génocide, crimes de guerre, organisation des nations unies, accusation.

**O ministerio publico em seu âmbito nacional
e o processo penal levado perante
o sistema jurisdicional da corte penal internacional.**

Resumo

A atividade do Ministério Público tem adquirido ultimamente, maior relevância devido ao seu papel como protagonista que tem desempenhado respeito à titularidade da ação penal e principalmente com relação à perseguição da ordem em si. Esse papel como protagonista se manifesta desde a vigência do sistema jurisdicional da Corte Penal Internacional; mas com variações importantes, devido a que, em conformidade com o Estatuto de criação da CPI as respectivas Salas que integram este tribunal, exercem controles no desenvolvimento das causas que se tramitarão perante essa jurisdição. De forma geral, neste trabalho se realiza uma avaliação dos aspectos procedimentais e a atividade dos sujeitos processuais face ao desenho legal formulado no Estatuto.

Palavras chave: Ministério público, corte penal internacional, acesso a justiça, Lesa humanidade, genocídio, crimes de guerra, organização das nações unidas.

Consideraciones preliminares.

El Ministerio Público como órgano esencial para la persecución penal pública tiene un espacio privilegiado en el desarrollo del concepto de Estado Constitucional, en resguardo de la legalidad, de los derechos y las garantías dispuestas a favor del ciudadano. A través de esta figura no sólo se trata de adelantar la potestad represiva o punitiva sino facilitar el acceso del ciudadano a la jurisdicción para que el derecho a la tutela judicial sea un logro concreto y no una mera expectativa o quimera.

No obstante, a este instituto del proceso penal se le mira desde la única perspectiva del sujeto procesal, que se circunscribe al rol esencial de la conducción de la investigación y la plasmación acusatoria del presunto responsable del delito. Con lo cual se le atribuye la función de defender el interés general o colectivo de la sociedad. Pero, es obvio que la importancia de este ente sobrepasa al mero papel de propulsor de la acción penal de un modo *sui generis* en una perspectiva instrumental.

Al Ministerio Público le corresponde hacer posible la actuación de la justicia como uno de los valores esenciales de la sociedad, y ese valor se enaltece a partir de la defensa de la legalidad. De tal manera que cada vez más comprometido con la justicia el mero perfil funcional se redimensiona a favor de la juridicidad. Entonces, esa funcionalidad no puede estar inscrita en otra doctrina que no sea el de fortificar la necesidad de protección, la necesidad de evitar la impunidad y la necesidad de no dar cabida a la inequidad. Por ello, el Ministerio Público al relacionarse con las instituciones del proceso penal, con los demás actores judiciales, las víctimas, el victimario y demás sujetos procesales, tendrá presente esos lineamientos. Por ello, se le exige actuar convencidos de los valores principales que ofrece la constitucionalidad, principalmente enalteciendo los derechos o como lo expresa la glosa de la Constitución de la República: “constituye un fin del Estado la preservación de los derechos humanos”.

En consecuencia, la función del MP a lo interno del Estado no se agota en la representación de éste en el ejercicio de la pretensión punitiva sino que al ejercer ese papel cumple con la expectativa de la sociedad a favor de los fines del Estado (derechos humanos y su garantía: justicia, igualdad, etc.), por lo tanto, no

busca a un culpable sino al culpable, con lo cual debe proteger al inocente, ha de ofrecer colaboración y auxilio a las partes en el proceso y ha de entregar su colaboración activa en todas aquellas prestezas donde se requiera un respaldo a la legalidad.

Este deber se patentiza no sólo ante el sistema jurisdiccional nacional como ya se dijo, sino que se manifiesta hacia lo externo. Es evidente que ante una sociedad cada vez más compleja, la actividad delictiva suele estar en distintas partes sin mirar fronteras ni nacionalidades, menos aún circunscrita a una determinada clase social o grupo político, económico u otros. Las andanzas de la criminalidad encuentran su mejor aliado en las deficiencias de la legalidad y a la desvaloración de lo humano. De ahí que la respuesta punitiva y la defensa de los derechos resultan palpables nuevamente para enaltecer a la legalidad, y el dispositivo de la cooperación internacional suele ser el medio idóneo para la persecución y así preservar esos bienes fundamentales sin necesidad de sacrificar la soberanía.

De modo que se enaltece a la justicia cuando la *entreatyuda judicial* se presenta en el mismo tono y bajo las mismas condiciones de la legalidad interna. Por ejemplo, no puede haber persecución penal sin que exista la comisión de un delito, calificado así tanto para el requirente (Estado requirente o solicitante) de la cooperación como a quien se le requiere el auxilio (Estado requerido). Esto es el cumplimiento del principio de la *doble incriminación*. Sin embargo, de forma muy cuestionable esta regla básica de la legalidad penal estricta viene debilitándose, en los últimos tiempos formas como ésta vienen sufriendo aperturas insostenibles, sobre todo el fenómeno adquiere relevancia frente a la creciente exigencia internacional de apoyo judicial o extrajudicial de mera actividad policial (cualquiera de las dos sirven aunque con mayor preponderancia de la última) en materia penal. Nuevas fórmulas emergentes que subvierten el sistema de principios penales básicos y que intentan aligerar o simplemente desmontar el sistema de garantías al punto de plantearse el desconocimiento de este orden garantista para facilitar la intervención foránea con acciones forzadas. Incluso, esto es posible sin que en el Estado requerido exista tipicidad, es decir, la conducta del imputado no esté contemplada como delictiva en la ley penal interna.

Por otro lado, la extradición como figura ancestral característica de la cooperación internacional bilateral o multilateral, viene siendo sustituida por “las formas de

entrega”, meras fórmulas de apoyo mutuo como el traslado o la deportación sin mayores trámites. Así como el consentimiento de actividades indagadoras encubiertas para promover y facilitar el delito a fin de “descubrirlo”, hasta la inhumana y contraria al orden público internacional práctica de trasladar a personas investigadas a Estados donde es “legal” la tortura y una vez obtenida la confesión, utilizarla como medio idóneo para relacionar a otras evidencias y así el Estado requirente poder acusar sin que tenga como resultado la invalidez de la prueba obtenida. Obviamente se trata de una manera tremebunda de actuación contraria a la legalidad estricta y particularmente al debido proceso de ley.

Las prácticas de nuevo cuño que se traducen en el desconocimiento de los derechos y el soslayamiento de las garantías, es palpable en temas muy sensibles como las drogas, el terrorismo y la delincuencia organizada internacional. Nadie niega que estos temas constituyen expresiones violentas contra bienes jurídicos fundamentales. Pero, ello no puede utilizarse como bandera emblemática para romper con el núcleo duro de la constitucionalidad, también llamado *bloque constitucional*, menos para sustraerse de aspectos claves de la soberanía de los Estados. Tampoco, puede crearse un sector delictivo discriminado para establecer desigualdades odiosas en relación con la gama de delitos comunes, no sólo frente a cuestiones relativas al tratamiento de las penas y las medidas de seguridad, sino en cuanto a las formas de agenciar la investigación y obtener pruebas como aspecto esencial del proceso.

Al Ministerio Público le corresponde facilitar el auxilio o la cooperación internacional en materia de investigación penal partiendo de los cometidos constitucionales y en la medida en que exista comprensión sobre ese encuadramiento principal, podrán reconocerse las limitaciones funcionales. El fiscal del Ministerio Público sujeta su acción a las reglas propias del Estado de Derecho y por tal, no es posible considerar auxilio o cooperación judicial o de otra índole quebrantando las reglas básicas de la legalidad. Ahora bien, ese compromiso del Ministerio Público con la juridicidad y la legalidad ha de manifestarse del mismo modo en el ámbito internacional a propósito de la creación del sistema jurisdiccional de la Corte Penal Internacional.

Para dar una respuesta atinada es preciso considerar algunos aspectos previos en la formación y creación de la Corte, para luego dar paso a algunas reflexiones

sobre los aspectos de competencia y de procedimiento que se encuentran dispuestos para el referido sistema.

1.- Síntesis de la evolución de la justicia penal internacional.

El siglo XX marcó la pauta para emprender una justicia de carácter extra nacional con fundamento en las andanzas de la criminalidad que cometió desmanes contra grupos diversos de la población en distintas regiones y países del orbe, especialmente en toda Europa; bajo el escudo de la soberanía de los Estados, el afán de dominación, la segregación, el fascismo, entre otras, fueron el escenario ventajoso para que se manifestasen las agresiones provenientes de la Primera y la Segunda Guerras mundiales (en respuesta a las medidas castradoras impuestas por la Sociedad de Naciones como consecuencia de la Primera Guerra y el aprovechamiento del escenario para realizar prácticas de exterminios contra un determinado grupo de la población especialmente, la judía y acciones de dominación imperialistas). Este conflicto de carácter internacional estuvo matizado de varios componentes y la intervención de distintos países, unos a favor otros en contra en razón del apoyo bélico. El triunvirato y otros que formaron el grupo de aliados de entonces, dieron la batalla y la vencida, logrando someter al gestor de la guerra de agresión.

A partir de este acontecimiento se plantea la necesidad de no sólo fomentar un proceso judicial en contra del Estado agresor, sino también ejecutar la asechanza personal de los dirigentes políticos y militares. Sin embargo, el enjuiciamiento de los responsables se dio en un escenario, aunque apoyado por unanimidad, criticado extensamente por las carencias en cuanto a la legalidad, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Nuremberg y Tokio se convirtieron en los bastiones de esa justicia internacional, aunque otros tribunales en diferentes países (Gran Bretaña, Francia, URSS, Australia, Polonia, Países Bajos, Noruega, Canadá y China) se abrieron para juzgar a disímiles personajes protagonistas de la agresión, los llamados crímenes de guerra y los actos de exterminio.

De este proceso de la post guerra, con sus diversas manifestaciones se generaron variados documentos y principios, uno de los cuales da pauta para que se comience a manifestar un nuevo derrotero para evitar que las aventuras de la guerra dieran nuevos saldos perniciosos, al punto que se postula como norte

fundamental el Principio de jurisdicción universal desde donde se apuntala la idea de que todos los Estados pueden ejercer jurisdicción en la persecución de delitos atroces de carácter internacional (delitos como: Genocidio, Crímenes de Guerra, Lesa Humanidad). Por cierto reivindicado recientemente por una sentencia del Tribunal Constitucional español para permitir que España pueda adelantar juicios por delitos de este carácter cometidos tras fronteras contra no nacionales españoles, a partir del recurso interpuesto por la líder guatemalteca Premio Nobel de la Paz Rigoberta Manchú, en relación a los crímenes atroces cometidos en Guatemala entre 1976 y 1986.

Dados estos antecedentes se da un proceso lento, pero constante, para crear definitivamente una corte penal internacional de carácter permanente¹, cumpliendo con las reglas de juez *ex ante* y ley *ex ante* para darle un respaldo de legalidad en los términos aceptados comúnmente. Pero, en los intersticios se presentaron otros acontecimientos dantescos que originaron situaciones de genocidios y lesa humanidad (casualmente por los conflictos internos) nuevas intervenciones de la ONU, especialmente del Consejo de Seguridad, abren la vía para nuevos juzgamientos de diferentes líderes (la ex Yugoslavia y Ruanda- Burundi) e incluso, el año pasado se dictó la condena de directivos de medios de comunicación como responsables de la política de promoción genocida desarrollada por las etnias en conflicto (caso de Ruanda-Burundi).

A pesar de las experiencias ofrecidas desde Nuremberg, el problema es que no se trata de una sola manera de cometer delitos ni una sola forma de realizarlos, se han conocido de otras grafías que afectan al ser humano en todas las dimensiones y constituyen quebrantamientos a gran escala que continuaron y continúan lacerando serios intereses de las comunidades. Claro, el drama ha ido cambiando, pues ahora no se trata de la existencia de una “guerra” que sería la más burda expresión de la violencia y la conflictividad; hoy existen otras maneras atroces de causar graves perjuicios a la humanidad, como son el comercio de armas, la degradación del ambiente, desplazamiento de población, las nuevas

¹ Sin embargo, antes de la Segunda Guerra Mundial se planteó la creación de una Corte Internacional Penal tras el atentado contra un jefe de estado europeo con motivo de un acto terrorista, los acontecimientos terroristas de la muerte del Primer Ministro Francés y el Rey de Yugoslavia, que generó gran escándalo internacional. Este asunto dio lugar a la creación de la Comisión que redactó un proyecto que luego se transformó en dos convenciones, la de terrorismo y otra de la Corte Penal de 53 artículos y firmada en el año 37, esta última fracasó con el inicio de la guerra de 1939.

formas de esclavitud, la quiebra de las economías de Estados débiles, intervenciones foráneas solapadas (incluso apoyado por un documento internacional recientemente consensuado en la última sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas y que pretende dar legitimidad a la doctrina de la “protección internacional” al estilo de lo acontecido en Irak), fraudes masivos entre otros. Pero quizás estas conductas no tienen la connotación suficiente para involucrar la creación de una justicia internacional, y probablemente el escenario interno sea más contundente a la hora de calificar, precisar y sancionar este tipo de actuaciones con impacto a bienes jurídicos colectivos o difusos e incluso individuales. No obstante, la dificultad está en las puntualidades en torno a las conductas que se intentan prohibir; es importante insistir en las definiciones certeras en el marco de la prohibición y el sentido de protección de bienes jurídicos de considerable estima.

Empero lo definitivo es que ante la carencia de acciones contundentes contra la conducta delictiva que afecta al género humano, no puede seguir en el marco de la improvisación, sobre todo en circunstancias en que el sistema judicial del país o países en disputa se encuentren inoperantes o no se garantice una justicia liderada por el principio de independencia. Por esa razón la justicia internacional no puede estar circunscrita en la creación *ad hoc* de tribunales para conocer *ex post factum* de estas desvaloradas conductas y mucho menos, pueden los tribunales constituidos de los distintos países proceder a su enjuiciamiento de manera muy particular, bajo serias dudas sobre la funcionalidad del sistema judicial, independientemente del principio de jurisdicción universal que los autoriza a tramitar en sede local los juicios por aquellos delitos que afectan el orden internacional de carácter humanitario. Por lo que la creación de una corte penal internacional se justifica en tanto y cuanto ella sea garante de la auténtica juridicidad en la que sería imposible o, al menos distante, la aflicción al principio de independencia y el de imparcialidad (pilares fundamental es de la gestión judicial) que muchas veces se ve trastocado por el sentimiento local sensibilizado por los vaivenes motivacionales de la opinión pública a propósito de hechos “despreciables” que en ocasiones sobrepasan las fronteras.

Quizá esta última idea sea el *quid* para comprender la necesidad de adentrarse en una dinámica internacional con miras jurisdiccionales; si bien es cierto que existen conductas punibles donde su *iter* se verifica en territorios nacionales, no menos cierto es que en otro género, éstas pueden tener actos preparatorios, ejecutivos y consumativos no localistas, procurándose así una suerte de puentes a escala

mundial, con trascendencia continental o con afectación a entes bi o multinacionales o diversos. En este panorama, el juzgamiento resulta ser más complicado puesto que los problemas de investigación en la captación de fuentes, órganos y medios de prueba para la ejecución del juicio se tornan de una imposibilidad casi manifiesta y por otro lado, el empeño de algunos estados (con o sin justificación) en la preservación del principio de nacionalidad se convierte en *la manzana de la discordia*, tanto en materia de jurisdicción como en cuanto al procedimiento de extradición de los nacionales; del mismo modo, la vigencia de los principios de territorialidad y el de defensa o protección juegan en este propósito, al promover, privilegiar y atender a las situaciones particulares de los estados, consagrando ideas individualistas en el marco de los hechos punibles con repercusiones internacionales e internas; estas premisas -cuya existencia y permanencia nadie niega- se reconcilian en las dificultades para que pueda plasmarse la ansiada justicia trasnacional de orden penal; aun cuando ya es un hecho innegable la gestión de organismos jurisdiccionales internacionales que se encargan de la tramitación y juicio por violaciones contra los derechos humanos a propósito de las convenciones cosmopolitas que recogen estos derechos.

2.- La aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo a conciencia de todas estas falencias, la organización de las naciones unidas no abandonó el empeño de crear una corte penal internacional, negociación tras negociación se llegó a un consenso; dos tendencias estaban inmersas en las discusiones para la creación de la CPI, un grupo que apuntaba a un órgano judicial lo suficientemente independiente y eficaz en materia de preservar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y, otro grupo que desconocía la posibilidad de entregar competencias a un organismo bajo la sombra de las soberanías de los Estados y a esto se unió la participación de los países con presencia en el consejo de seguridad, quienes aprovecharon la ocasión para hacer preponderar el poderío del organismo. Debido a esta acumulación de intereses y para no afectar a la jurisdicción de los Estados, se estableció el principio de complementariedad (asunto que queda evidenciado con las cuestiones de admisibilidad) a cambio de la aceptación automática de competencia de corte una vez ratificado el documento. Al filo de la aprobación, entre imperfecciones y dramáticos acontecimientos, la manifestación de votos generales fue de 120 a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Los votantes en contra fueron: EEUU,

China, Israel, Qatar, Irak, y Libia y se abstuvieron México, Turquía, Sri Lanka, Singapur, Trinidad y Tobago entre otros países islámicos. Pese a estos desatinos, en el proceso de creación de la corte la redacción de las figuras punitivas o delitos, no fue más allá del circuito de los delitos tradicionales del Derecho Internacional Humanitario y de manera insólita, se deja en diferido el tema de la agresión, que a pesar de estar definida claramente en la carta de las naciones unidas, nunca se logró un consenso para determinar los pormenores de la figura típica y los alcances de la prohibición, así como las sanciones a imponer. Además, existe un capítulo dedicado a los delitos contra la administración de justicia para sancionar atentados contra la actividad jurisdiccional.

3.- Algunas dificultades técnicas del estatuto de Roma para la comprensión del principio de complementariedad.

Por lo expuesto en el renglón anterior, parece sensato buscar mecanismos para garantizar la justicia internacional. Pero este discurso se monta sobre bases débiles y confusas, uno de los primeros problemas radica en la creación de una jurisdicción complementaria, de hecho el estatuto de Roma de la corte penal internacional plantea en su preámbulo que la CPI *será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*², comprometiéndose los Estados signatarios a ejercer jurisdicción penal en contra de los responsables de delitos internacionales, lo que motiva a pensar que primero se privilegia la regla de la jurisdicción nacional bajo el esquema de los principios antes aducidos y luego, subsidiariamente, se legitimaría la actuación de la Corte, aunque ésta podría conocer -por interpretación del artículo 20 del Estatuto, a propósito de la cosa juzgada- cuando no se hubiere instruido la causa en forma independiente o imparcial o lo hubiere sido en circunstancias que fueren totalmente incompatibles con la intención de someter a la persona o personas a la acción de la justicia. Es decir, que existen dos posibilidades de conocimiento para la competencia de la Corte: 1) la que se genera en respuesta a la incapacidad del Estado de atender por sí mismo la violación de un imperativo normativo con trascendencia supranacional (escapa a sus posibilidades materiales y el propio Estado reconoce que la mejor vía es la

² El artículo 1 del Estatuto establece que la Corte estará facultada para ejercer la jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

que brinda la CPI). 2) la incompetencia del Estado parte debido a que se encuentran afectados los principios de imparcialidad y debido proceso; ello involucra la sospecha sobre la administración judicial para enfrentar el dilema.

Puede indicarse un problema en el deslinde funcional de la corte, ya que el artículo 2 del Estatuto se refiere a los crímenes que son competencia de ella (el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el llamado crimen de agresión), pero que también resultarían ser de competencia de los estados particularmente considerados, lo que podría generar conflictos jurisdiccionales de conocer para los eventos punibles antes señalados. No obstante, la existencia del Estatuto de Roma es un hecho que no se puede desconocer ya que ha contado con el respaldo suficiente para su existencia, mas hubiera sido de mejor plante, si por unanimidad de los miembros de la ONU, se hubiera acogido la propuesta creadora de la instancia judicial internacional. Este asunto crea dudas en relación a la eficacia del sistema jurisdiccional de la corte con respecto a la materia de su competencia. Clave para el éxito de toda norma es su reconocimiento en todos los niveles, lo que pone al descubierto el problema de la validez jurídica del Estatuto.

Esta reflexión resulta interesante pues ayuda a establecer la validez jurídica del estatuto de Roma de la corte penal internacional, para que pueda facilitarse la aplicación directa en los fueros internos de los Estados o sencillamente se facilite la aplicación bajo circunstancias especiales de la legalidad interna lo que habrá que mirar desde la configuración del ámbito espacial, partiendo del deslinde jurisdiccional.

El planteamiento anterior pone de relieve la clásica distinción entre el Derecho interno e internacional y la manera de establecer esas relaciones para que se logre eficacia en la asunción de los tratados interlocales. Por lo tanto, se parte de la tesis de que el Estatuto de la CPI resulta ser un instrumento que por su contenido punitivo no puede ser asimilado y aplicado de manera directa como si se tratase de un documento *self executing*, que no requiere validación interna por los Estados, muy a pesar de su orientación que busca preservar derechos humanos de primera generación; a diferencia de aquellos que se refieren a la descripción y tratamiento de los derechos humanos que, en la mayoría de los casos se constituyen en instrumentos de asimilación inmediata. Por ello, el carácter de *ius cogens* del Estatuto queda relativizado por esta especial consideración. De modo

que no es semejante limitar derechos que reconocerlos. De ahí el carácter polivalente de la propuesta. Una cosa es preservar derechos y otra es limitarlos.

Debido a estas consideraciones el tema de los derechos humanos ha estado presente en el proceso de formación de esta línea internacional. Ello es cierto porque no se niega el carácter sistémico de los derechos humanos que interactúan en diferentes direcciones; todos se sienten representados en el sistema y para lograr su mejor reconocimiento se considera la relación entre derechos humanos y positivación de los mismos. Esa positivación impulsa el reconocimiento legal y por ello, la salvaguardia o la protección a partir de diversas entidades jurídicas. Sin embargo, la positivación no es un tema que defina el reconocimiento de los derechos fundamentales. Pero, otra cuestión es cuando se da el proceso de prohibición o tipificación de categorías conductuales proclives a ser consideradas como delitos.

En el marco de las prohibiciones al afectarse derechos de las personas, la preferencia es hacia la legalidad que concibe la definición de conductas que lesionan derechos, pero que ha de tener siempre un carácter restringido. El estatuto de Roma de la CPI es un documento represivo, independientemente del sentido de resguardo de los derechos humanos. De ahí que su aceptación esté precedida de reservas y a procesos de transformación para que pueda asimilarse con más propiedad el sentido de la prohibición y protección de bienes jurídicos.

Bajo el bastión de la legalidad por su carácter garantizador de la seguridad jurídica, se construyen los tipos penales que tienen un referente internacional para afectar la libertad de los ciudadanos que se determinan en contra de las normas preservadoras, para ello, se requiere la validez a lo interno como paso obligado de las instancias legitimadas en función de la conocida reserva legal. Por esa razón, el genocidio, la tortura, el apartheid, el exterminio, los casos de lesa humanidad y el quebrantamiento de las reglas sobre la guerra (crímenes de guerra) encuentran en el área penal y especialmente, en los códigos penales de distintos países, el sustento más promisorio para que los derechos humanos se sientan respaldados cuando se suceden hechos perniciosos que afligen a contingentes de personas. Así como encuentra su mayor respaldo en el estatuto de Roma de la CPI, desde donde a pesar de los problemas técnico-jurídicos diversos, no deja de ser un ambiente que busca impulsar la justicia internacional y contrarrestar la impunidad.

El estatuto de Roma de la CPI tiene su motivación en la necesidad de conformar un cuerpo jurisdiccional capaz de juzgar los delitos graves que afectan al Derecho Internacional Humanitario. Se trata de un tratado multilateral con normas penales, procesales, estatutarias, organizativas y regulativas que comportan obligaciones y compromisos para su real eficacia. Muchas de estas normas inciden en los fueros internos de los Estados que han suscrito y ratificado este acuerdo internacional. Pero, más allá de plantear en este breve espacio las dificultades institucionales y organizativas del estatuto con respecto a la Corte Penal Internacional es imprescindible ver los aspectos técnico- jurídicos de carácter procesal para comprender la dinámica del Estatuto y con ello la función que ha de ejercer el Ministerio Público ante la Corte.

En principio ha de puntualizarse que el Estatuto le da mayor importancia a las cuestiones del procedimiento que a otros aspectos atinentes al Derecho aplicable. Esto es elucidario para saber que un alto porcentaje del articulado del documento matriz de la CPI está circunscrito al área procesal. De hecho como lo manifiesta Gómez Colomer, los integrantes de la Conferencia de Roma dieron mayor jerarquía a las cuestiones procesales, dado que se buscaba que se preservaran las garantías procesales, asunto que queda en entredicho cuando se adentra en las diferentes disposiciones procedimentales. Además, señala este autor que el procedimiento es *sui generis* dado que no está identificado claramente con algún sistema en especial (sistema anglosajón o sistema continental), es decir que resulta ser una mezcla entre de ambos (2004:73).

Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones, además ha de destacarse una evidente diáspora de las normas procesales en todo el Estatuto como se insinúa al comienzo y que para mayores extremos deben ser acompasadas con las reglas del procedimiento y prueba que resulta ser también un documento de difícil lectura por su extendido abigarramiento y expresiones igualmente *sui generis* que fraguan confusión.

Es de observar, que la investigación por los crímenes que son competencia de la Corte se inicia -conforme a lo establecido en el artículo 14, y entre otros el artículo 42.1- por iniciativa del Fiscal, quien tiene las facultades de inquirir y ejercer la acción penal. Además, otro tipo de investigaciones tendrán que ser conducidas por éste, como es el caso de la remisión que hace un Estado Parte

para que se inicie la pesquisa o cuando así lo acuerde el Consejo de Seguridad de la ONU (artículo 13), a propósito de una situación inscrita en los aspectos típicos penales a que se refiere el Estatuto. Ello con el objetivo de evaluar la posibilidad de acusar. En este considerando, cuando se refiera a la remisión de un Estado Parte, éste deberá acompañar todos los recaudos necesarios. No obstante, el Fiscal conserva la potestad de analizar y procesar la información recibida (artículo 15). De modo que acá es evidente la exhaustiva mirada del intérprete para ubicar las posibilidades de inicio de la investigación penal.

Luego de esta propuesta, se aducen en el artículo 17 una serie de planteamientos acerca de la admisibilidad que -como ya se anotó- introducen la tesis de la actuación de oficio por parte de la Corte. Algo parecido puede deducirse del contenido del artículo 20 -a propósito de la cosa juzgada- en sus párrafos, cuando señala:

La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: A) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte. B) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Al mismo tiempo en el artículo 53, es decir en artículos más adelante, en cuanto al inicio de las investigaciones, se señala que la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) de la corte podrá revisar de oficio la decisión del fiscal de no proceder a la investigación. En este supuesto, si la Sala confirma la decisión del fiscal no se realizará la investigación. Aquí se demuestra que la actividad del fiscal está sometido a control judicial; una vigilancia parecida al sistema del COOP venezolano, donde la labor del Fiscal del Ministerio Público está comedida por el Juez de Control en la Fase Preliminar. Entonces, se puede deducir -tras haber hurgado al menos en las dos primeras partes del Estatuto- que en él se establece dos formas para generar la investigación preliminar:

1.- Bien por vía del fiscal, cuando reciba la información respectiva y, una vez constatada, puede acusar ante la Corte. Además el fiscal podrá abstenerse de

iniciar la indagación e incluso de acusar³. Esta decisión puede ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares. Además el fiscal tiene amplísimas facultades para indagar (artículos 53 y 54).

2.- La Corte de manera oficiosa puede iniciar o continuar una investigación. Ello por vía completamente incidental (artículos 17⁴, 20⁵, 56⁶, 61⁷). Asunto que no es fácil ubicar debido a la desatención en materia de técnica legislativa.

3.- Por otro lado, también destaca el artículo 13 el que se refiere a las cuestiones de competencia de la Corte. Donde se indica que ésta podrá ejercer la competencia, cuando el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al fiscal una situación en la que parezcan haberse cometido uno o varios de los delitos que corresponden a su atribución funcional.

Una vez agotada la investigación, el fiscal queda en la obligación de solicitar la detención, siempre que sea procedente, cuya decisión debe tomar la Sala de Cuestiones Preliminares al constatar que la detención es necesaria, que existe peligro de fuga y de obstaculización en torno a la investigación (normas estas normalmente aceptadas en muchos países, en especial Venezuela, al considerarse que para la detención es imprescindible la constatación de ambos extremos). Aun cuando también en vez de una orden de detención se puede solicitar la comparecencia forzosa, asunto que se supone deberá responder a algunas situaciones especiales o excepcionales, este escenario es parecido a la institución

³ Sobre todo cuando considere que el asunto no redundaría en interés de la justicia que según Gómez Colomer podría interpretarse: En segon lloc, es pensa que in assumpte no redundaria en interès de la justícia si fos inútil castigar el culpable pel seu estat mental o per la seva avançada etat o estat de salut del presumpte autor i el seu Grau de participació en el crim però te contingut propi (2003:23).

⁴ Cuestiones de admisibilidad, lo que faculta a la Corte para ejercer la competencia de modo principal.

⁵ Relativo a la imposibilidad de juzgamiento por cosa juzgada. No obstante, se establecen dos supuestos como: 1) cuando se haya procedido para sustraer al acusado de su responsabilidad penal. 2) La causa no hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial conforme a las garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional o en cualquier caso se hubiere realizado el juicio de modo incompatible con la intención de sustraer a la persona de la acción de la justicia.

⁶ Referido a las Disposiciones que puede adoptar la Sala de Cuestiones Preliminares cuando esté patente una oportunidad única de proceder a una investigación. El Fiscal comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares el permiso para reunir o verificar pruebas que sirvan para apoyar el juicio.

⁷ A propósito de la confirmación de cargos antes del juicio. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá indicarle al Fiscal que presente nuevas pruebas o lleve a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo o modificar un cargo en razón de las pruebas presentadas que parecen indicar la comisión de un delito distinto que sea competencia de la Corte (numeral 7 letra c.i.ii).

del *mandato de conducción* que se registra en algunas normas procesales, especialmente el COOP⁸ y la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente⁹ en el procedimiento por infracciones penales en el caso venezolano. En este sentido se deriva la obligación de todo ciudadano atender el llamado a prestar declaración sea testigo o sea el imputado conforme a lo establecido en el artículo 58¹⁰. Aunque las excepciones en materia de testimonio no están dispuestas y ello puede generar dificultades con las normas procesales en el fuero interno de los países cuando se solicite la cooperación internacional.

En cuanto a la sistemática del estatuto, no sólo se hallan aspectos de la detención cautelar en los artículos 58¹¹ y 59¹², sino que además, en el artículo 92 existen disposiciones al respecto¹³. Esta manera de presentar al instituto de la detención conduce a desconcierto y rompe con una mínima regla de estilo en cuanto a la técnica legislativa (ubicación sistemática de las normas). Aparentemente por lo expresado en los artículos 58 y 59¹⁴ se puede inferir que la detención es necesaria

⁸ El artículo 310 del COOP indica que el Tribunal de Control a solicitud del Ministerio Público podrá ordenar que cualquier ciudadano sea conducido por la fuerza pública en forma inmediata ante el funcionario del Ministerio Público que solicitó la conducción.

⁹ El artículo 559 de la Ley referida expresa: Identificado el adolescente el FMP podrá solicitar la detención para asegurar la comparecencia a la audiencia preliminar. Sólo se acordará esta detención si no hay otro modo de asegurara la comparecencia.

¹⁰ El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La Sala, de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) que prevea el derecho interno, una orden para que la persona comparezca.

¹¹ Referente a la orden de detención u orden de comparecencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares. En cualquier momento luego de iniciada la investigación, la Sala dictará a solicitud del Fiscal una orden de detención contra una persona si tras examinar la solicitud se justifica el peligro de fuga y de obstaculización. Dice el artículo 58: Iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que: a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y b) La detención parece necesaria para: i) Asegurar que la persona comparezca en juicio; ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

¹² El que se refiere al procedimiento de detención en el Estado de la detención. El Estado Parte que haya recibido una solicitud de detención provisional de detención y entrega tomará inmediatamente las medidas para que se manifieste la detención de conformidad con el Derecho interno.

¹³ El artículo contiene algunas reglas sobre la detención provisional, al señalar: 1) En caso de urgencia, la Corte podrá solicitar la detención provisional de la persona buscada hasta que se presente la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen de conformidad con el artículo 91.

¹⁴ En los numerales 3 y 4 del artículo 59 se establece que el detenido tiene derecho a solicitar la libertad provisional y el Estado de la detención a evaluar su procedencia y si existen las garantías para acordarla.

para la realización del juicio, aun cuando ésta es modificable o revisable periódicamente¹⁵. Por demás, se puede otorgar la libertad provisional, asunto que puede autorizar la Sala de Cuestiones Preliminares o el Estado al que le corresponde ejecutar la medida de detención (artículo 60.1¹⁶, 2, y 3 del estatuto), aun cuando en este último caso tendrán que seguirse las orientaciones de la Sala autorizante (59.4 y 5 del estatuto, 118 y 119 de las reglas del PP). Otras medidas cautelares, aparte de la detención, podrían ser decididas, cuyo cometido ha de estar circunscrito a la reclamación civil de las víctimas por los daños sufridos (artículo 75¹⁷), aunque el artículo que podría justificar la medida está dirigido especialmente a supuestos donde es evidente la condena, esto es después del juicio.

La falta de una metódica adecuada en cuanto a medidas cautelares propicia estos efugios, a veces aventurados en relación con la legalidad del procedimiento, si se considera la orientación de la referida norma procesal, ya que ésta se encuentra ubicada en la sección atinente al juicio y más especialmente en relación con las sentencias de la fase de la primera instancia, aunque estas medidas serían juiciosas suponerlas como modalidad especial para preservar la reparación, la restitución o la indemnización al igual que lo previsto en materia de aprehensión cautelar.

En cuanto al proceso de investigación de la fase preliminar, la Sala de Cuestiones Preliminares es a la que le incumbe valorar la procedencia de ir a la siguiente fase, es decir, la vinculada con el juicio. Pero, esa misma Sala puede decidir no confirmar los cargos, en tal circunstancia, deberá sobreseer o suspender el procedimiento. Pareciera más aproximada la segunda salida ya que conforme al artículo 61. 8 la no confirmación de un cargo por parte de la Sala de Cuestiones

¹⁵ En el artículo 60 numerales 3 y 4, se indica expresamente: La Sala (...) revisará periódicamente su decisión en cuanto a la puesta en libertad o la detención y podrá hacerlo en cualquier momento en que lo solicite el Fiscal o el detenido. Por su parte, el numeral 4 señala: La Sala (...) se asegurará de que la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal. Si se produjere dicha demora, la Corte considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido, con o sin condiciones.

¹⁶ Quien sea objeto de una orden de detención podrá pedir la libertad provisional. Si la Sala de Cuestiones Preliminares está convencida de que se dan las condiciones enunciadas en el párrafo 1 del artículo 58, se mantendrá la detención. En caso contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares pondrá en libertad al detenido, con o sin condiciones.

¹⁷ La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

Preliminares no obstará para que el fiscal pueda presentar una nueva solicitud a condición de que se presenten pruebas adicionales. Algo parecido ocurre en el procedimiento venezolano, cuando el fiscal al culminar su investigación puede acusar, solicitar el sobreseimiento o archivar el expediente, en este último supuesto podrá presentar la acusación posteriormente o solicitar el sobreseimiento cuando sea procedente. No obstante, en general en la audiencia preliminar al juez de control le toca valorar si es procedente avanzar a la siguiente fase de juicio.

Especial atención debe prestarse al encabezamiento del artículo 61, pues allí no se expresa para nada, cuál es el papel del fiscal a objeto de que se produzca la audiencia preliminar, de hecho el artículo dice: *“la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento”*. En este semblante, pareciera más sensato pensar que a quien le atañe solicitar la realización de la audiencia es al fiscal, mediante la disposición de acusar o solicitar el enjuiciamiento de la persona responsable. En el ordinal 2 del mencionado artículo se dispone la actuación del Fiscal o de la Sala, cuando sea en un supuesto de ausencia del acusado (no dice exactamente en cuáles eventos). Si esta era la intención resultaba mejor que se estableciera esta forma de actuación del fiscal desde el comienzo y no por vía de excepción.

En opinión de Gómez Colomer, al fiscal le corresponde presentar la acusación, pero advierte el citado autor que el estatuto no se refiere a la acusación sino que utiliza la palabra “cargos”, los que deben presentarse por escrito; tampoco se precisa en qué consiste esa formulación (2003: 153). Sin embargo, es bueno advertir que cargos no equivale a acusación, pues los cargos consisten en la expresión de la voluntad del fiscal de presentar el caso ante el juez indicando la formulación de los delitos cometidos y la relación sobre la responsabilidad penal del imputado y los elementos probatorios que sustenten esos cargos a formular en audiencia pública¹⁸; por lo tanto, el escrito está sometido a exigencias diferentes al correspondiente a la acusación que sin duda refleja una composición especial

¹⁸ Este asunto es de igual tenor a lo que acontecía con el procedimiento ordinario bajo el Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano, donde el inicio del plenario estaba marcado con la presentación de los cargos del Fiscal del Ministerio Público, los que se manifestaban a través de un escrito formal con la indicación de los elementos que podrían apoyar o sustentar la existencia del delito y la responsabilidad penal del encausado, y el escrito estaba dirigido concretamente a la formulación de cargos.

y consiste en una querrela para impulsar la intervención del órganos jurisdiccional. Por ello, se explica que no existen formalidades concretas para la presentación de los cargos, lo que motiva reflexionar sobre la diferencia entre acusación (voluntad de querrellar mediante la acusación formal en contra del imputado por los delitos cometidos) y escrito de cargos (voluntad de presentar cargos por delitos cometidos y la pena solicitada contra el imputado, con el acompañamiento de la prueba) ante la SCP. La acusación en términos jurídicos implica el cumplimiento de requisitos donde se establezca claramente la legitimación, la relación procesal activa y pasiva, la imputación, los elementos de la misma, la petición concreta de acusar, entre otros detalles que hacen de este documento una expresión, clara, positiva y precisa de materializar la acción para que se abra el juicio correspondiente.

Resulta nomológico suponer que para los efectos de la investigación, el fiscal, así como la Sala de Cuestiones Preliminares deben contar con un amplio apoyo normativo para ejecutar sus funciones. Principalmente, el fiscal tiene la potestad de solicitar la cooperación internacional, tema en que es imprescindible el soporte de la Sala de Cuestiones Preliminares (entidad que tiene facultades de supervisión de la investigación), la que puede también ofrecer un marco de confidencialidad a las distintas actividades de investigación. Claro, en este carácter ha debido plantearse y garantizarse el ejercicio de defensa del o los imputados, pues una fase de investigación conducida clandestinamente no hace mayor favor al debido proceso y no permite que se ejerza el control sobre las distintas actividades en procura de la prueba que va a ser presentada al juicio. En todo caso, ha podido regularse el acceso de las partes a las actas del expediente que se está instruyendo, especialmente al momento de ejecutarse la detención y fijar los motivos que impulsan la medida y preparar los descargos.

Aunque de acuerdo con Bassiouni existe en el estatuto un determinado empeño por preservar la presunción de inocencia y demás derechos tales como: 1) audiencia pública, oral, justa, imparcial y sin dilaciones; b) derecho a ser informado de los cargos en idioma que comprenda y hable; c) disposición de los medios y el tiempo adecuado para ejercer la defensa y para examinar a los testigos antes y durante el juicio; d) a no ser obligado a declarar en su contra (referencia de los artículos 63 a 67 del estatuto) (2000: 25).

En cuanto al desarrollo de la audiencia preliminar pareciera adaptarse a las exigencias generales en esta materia¹⁹, pues, las partes pueden intervenir activamente en su desarrollo, tanto para recibir la prueba como para impugnarla. Aquí ha debido establecerse que la ejecución de la audiencia no involucra en ningún caso la realización del juicio. Al estilo de lo que existe hoy en la regulación procesal penal venezolana (COOP) donde los detalles de la audiencia preliminar no deben orientarse a situaciones de fondo que implique abrir un debate sobre los cargos formulados por la acusación y los descargos de la defensa en atención a la imputación formulada por el Fiscal. Por lo que debe existir cierta ponderación en la administración de ella. En consecuencia, es forzoso concluir que no han de conducirse a la audiencia preliminar aspectos que pertenecen a la etapa del juicio, pues de no hacerse de este modo se tergiversaría la función de la audiencia preliminar que no es otro que fijar, las cuestiones de previo pronunciamiento y evaluar los elementos probatorios (oposición, contradicción y admisión) además, de la revisión de aspectos relevantes de la imputación que van a ser tratados en el juicio o en la fase del juicio, tal como está previsto a partir de la Parte VI del estatuto.

¹⁹ El emblemático artículo 61 y sus extensas disposiciones dan un perfil general de lo que puede acontecer en la audiencia preliminar así: En la audiencia, el fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. El fiscal podrá presentar pruebas documentales o un resumen de las pruebas y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en el juicio. 6. En la audiencia, el imputado podrá: a) Impugnar los cargos; b) Impugnar las pruebas presentadas por el fiscal; y c) Presentar pruebas. 7. La Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Según cual sea esa determinación, la Sala de Cuestiones Preliminares: a) Confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignará al acusado a una Sala de Primera Instancia para su enjuiciamiento por los cargos confirmados; b) No confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes; c) Levantará la audiencia y pedirá al fiscal que considere la posibilidad de: i) Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo; o ii) Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte. 8. La no confirmación de un cargo por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares no obstará para que el fiscal la pida nuevamente a condición de que presente pruebas adicionales. 9. Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el fiscal, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos. El fiscal, si se propusiera presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una audiencia de conformidad con el presente artículo para confirmarlos. Una vez comenzado el juicio, el fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia, podrá retirar los cargos. 10. Toda orden ya dictada dejará de tener efecto con respecto a los cargos que no hayan sido confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares o hayan sido retirados por el fiscal. 11. Una vez confirmados los cargos de conformidad con el presente artículo, la Presidencia constituirá una Sala de Primera Instancia que, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 8 del presente artículo y en el párrafo 4 del artículo 64, se encargará de la siguiente fase del procedimiento y podrá ejercer las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares que sean pertinentes y apropiadas en ese procedimiento.

Una cuestión que también no está determinada es la posibilidad de acumular cargos o de separarlos en caso de existencia de varios detenidos. Este asunto que tiene que ver con la acumulación de pretensiones o acumulación por conexidad que consiste en la posibilidad de que en una misma causa puedan admitirse todas las pretensiones que se tengan contra un mismo imputado o imputados, sobre todo porque estas sean conducentes a que se resuelvan en un único proceso. De tal manera, que el estatuto no clarifica estas situaciones especiales que de seguro se presentarán, especialmente, porque los distintos casos que podrían ser tramitados ante la CPI pueden presentar situaciones complicadas en atención a los distintos imputados, víctimas y delitos concurrentes, a lo que ha de darse una respuesta adecuada para evitar contradicciones insalvables que podrían conducir a la inejecutabilidad de las decisiones.

En lo relativo a la audiencia preliminar, se destaca la comparecencia del acusado, cuya presencia es imprescindible para que puedan ejecutarse las audiencias; sin embargo si el imputado se fuga antes de la confirmación de los cargos y no se le puede capturar nuevamente, a pesar de agotarse todas las diligencias para encontrarle la audiencia se realizará en ausencia. Empero, aparte de ser una solución contraria a la regla general prevista en las normas sobre garantías procesales suscritas en las convenciones sobre derechos humanos. Al menos, la Convención Americana de derechos humanos en su artículo 8 y en las normas preliminares del COOP, así como en la Constitución venezolana no es posible realizar actos de imputación sin la presencia del imputado. Sin embargo, de la lectura combinada del artículo 61 en su primera parte y lo dispuesto en el artículo 63²⁰ del Estatuto se podría deducir que la ausencia del imputado impide la continuidad del proceso. En este contexto opina Bassiouni que los juicios ante la CPI deben tener lugar en presencia del acusado (2000:25). No obstante, llama la atención lo dispuesto en el mismo artículo 61 al indicar:

2. La Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del Fiscal o de oficio, podrá celebrar una audiencia en ausencia del acusado para

²⁰ El artículo 63 expresa: 1. El acusado estará presente durante el juicio. 2. Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario.

confirmar los cargos en los cuales el Fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento cuando el imputado:

- a) Haya renunciado a su derecho a estar presente; o
- b) Haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos,

En este caso, el imputado estará representado por un defensor cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia.

Entonces, la norma indicada deja abierta la posibilidad para que se desarrolle la audiencia sin la presencia del imputado. Empero, la interpretación acertada de esta disposición es entenderla en el marco de la excepcionalidad, ya que es fundamental que la legitimidad del juicio se halle en la contingencia de concretar un contradictorio adecuado y un establecimiento de lo acontecido sin margen de dudas. Pero, lo terminante es que no se sabe en cuál momento el Fiscal presentó la acusación, aun cuando la expresión correcta procesalmente es la formulación de cargos, asunto que no puede pasar desapercibido. Dado que el artículo 61 no es preciso al disponer:

Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 y dentro de un plazo razonable tras la entrega de la persona a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. La audiencia se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor.

No obstante, está previsto que luego de la validación de los cargos se ha de realizar la audiencia de juicio y a diferencia de la audiencia preliminar, en ésta es imprescindible la presencia del encausado (esto hace suponer que de no estar presente el acusado no habrá juicio). En atención al artículo 63 esta conclusión es clara. Entonces, se supone que el Fiscal solicitó el enjuiciamiento con base en lo establecido en el artículo 61²¹. Por ese motivo, la Sala de

²¹ Es decir, cuando en el numeral primero del artículo 61 se dice: (...) la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. La audiencia se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como su defensor.

Cuestiones Preliminares (SCP) está obligada a pronunciarse sobre si confirma o no los cargos. De confirmarlos se pasa a la etapa de juicio en la Sala de Primera Instancia²². En este juicio, la primera intervención la tiene el acusado quien deberá señalar si se declara culpable o inocente²³. La mera declaración de culpable genera el pronunciamiento inmediato de la Sala y procederá a declarar la condena, la Sala apoyará la decisión con los elementos probatorios presentados por el fiscal al momento de la confirmación de los cargos. De no ser así, se procederá a vaciar todo lo concerniente a la prueba en la ejecución de la audiencia. Sin embargo, ha de considerarse que la Corte en general tiene potestades oficiosas para recabar pruebas y precisar de mejor manera los hechos ocurridos. Es decir, que el procedimiento es una mezcla del desarrollo del principio dispositivo con actuaciones oficiosas de la Corte y sus Salas, actuaciones oficiosas que van en dirección a toda la actividad procesal, evitando con ello los estancamientos y la falta de impulso procesal por cualquiera de las partes.

En materia de víctimas y testigos existen normas que marcan la protección de los mismos, es decir la Corte está obligada a realizar las funciones necesarias para no afectar la condición de las víctimas y preservar la comparecencia de los testigos

²² Conforme al artículo 61 puede que exista más de una Sala, ya que no necesariamente el juicio deberá desarrollarse en la sede de la Corte Penal Internacional en la Haya, esta conclusión deriva de lo expuesto en el artículo 62 cual expresa:

A menos que se decida otra cosa, el juicio se celebrará en la sede de la Corte. Y además de lo expresado en el citado artículo 61.7.a :

Confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignará al acusado a una Sala de Primera Instancia para su enjuiciamiento por los cargos confirmados

²³ Como aspecto importante del juicio el encausado tiene la oportunidad de formular su aceptación de los cargos presentados por el fiscal y confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares así: 8. a) Al comenzar el juicio, la Sala de Primera Instancia dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos. Dará al acusado la oportunidad de declararse culpable de conformidad con el artículo 65 o de declararse inocente. Asimismo el artículo 65 reserva una serie de actuaciones que ha de hacer la Sala de Primera Instancia para que se establezca la culpabilidad del acusado así: 1. Si el acusado se declara culpable en las condiciones indicadas en el párrafo 8 a) del artículo 64. La Sala de Primera Instancia determinará: a) Si el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad; b) Si esa declaración ha sido formulada voluntariamente tras suficiente consulta con el abogado defensor; y c) Si la declaración de culpabilidad está corroborada por los hechos de la causa conforme a: i) Los cargos presentados por el fiscal y aceptados por el acusado; ii) Las piezas complementarias de los cargos presentados por el fiscal y aceptados por el acusado; y iii) Otras pruebas, como declaraciones de testigos, presentadas por el fiscal o el acusado. 2. La Sala de Primera Instancia, de constatar que se cumplen las condiciones a que se hace referencia en el párrafo 1, considerará que la declaración de culpabilidad, junto con las pruebas adicionales presentadas, constituye un reconocimiento de todos los hechos esenciales que configuran el crimen del cual se ha declarado culpable el acusado y podrá condenarlo por ese crimen.

sin que se les pueda perjudicar por obra de los acusados, ha de destacarse que no se trata de una función del fiscal como ocurre en Venezuela. Por esa razón, existe la posibilidad de la prestación de las declaraciones de testigos y víctimas por vías electrónicas y en audiencias privadas, en razón de la minoridad y en caso de violencia sexual, es decir se encuentra comprometida el pudor y la moral de las personas afectadas. La participación de la víctima a criterio de la Sala de Primera Instancia puede darse mediante opiniones y observaciones en la oportunidad del juicio cuando ella lo considere adecuado (artículo 68).

En atención a los artículos 65, 66, 69, 70 donde se recoge lo referente al trámite del juicio, se destaca -aún con cierto desorden sistemático- iniciativas a favor del debido proceso. Ello es un punto interesante, debido a que se demuestra la intención de llevar un proceso bajo el marco de reglas garantistas; pero que lamentablemente se ven oscurecidas por la diáspora que presenta el articulado. Cuestión que de *-lege ferenda-* deberá atenderse con urgencia.

En materia de apelaciones, destaca la disposición de normas entre los artículos 81 y 82. Aun cuando en el artículo 18 y 19 también existen situaciones referenciales a la impugnación. Aquí también se presenta la disonancia sistemática del procedimiento establecido en el estatuto. Sin embargo, puede destacarse que todas las decisiones son apelables²⁴. Esto es que la impugnabilidad objetiva varía entre decisiones que están ubicadas en cualquiera de las fases del proceso. En general se parte de ese principio general de la doble instancia. Donde destaca la existencia de una Sala de Apelaciones, a la que le corresponde conocer de los recursos contra las decisiones de la Sala de Primera Instancia o de la Sala de Cuestiones Preliminares.

√ La legitimación activa de los recursos la ejerce el fiscal o el reo y su defensor, aparentemente no existe esa posibilidad para la víctima. Ello, cuando corresponda a la fase de juicio o de la Sala de Cuestiones Preliminares. Pero, también tiene

²⁴ Conforme al artículo 81. 1, los fallos dictados de conformidad con el artículo 74 serán apelables de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba y el artículo 82. 1.a., b, c y d. Cualquiera de las partes podrá apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de las siguientes decisiones: a) Una decisión relativa a la competencia o la admisibilidad; b) Una decisión por la que se autorice o deniegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento; c) Una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de actuar de oficio de conformidad con el párrafo 3 del artículo 56; d) Una decisión relativa a una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia, un dictamen inmediato de la Sala de Apelaciones pueda acelerar materialmente el proceso.

legitimación activa el Estado que hubiere impugnado la competencia de la Corte para conocer del asunto.

√ En cuanto a decisiones recurribles la mayoría de las decisiones son impugnables como ya se indicó, tanto para resolver cuestiones incidentales como las que corresponden al fondo del asunto (decisiones de la sala de cuestiones Preliminares: preservación de pruebas; cuestiones que afectan la transparencia y celeridad de la investigación y, aquellos fallos que afecten la procedibilidad de la causa y las que decidan la culminación del juicio).

√ Los motivos de procedencia, extrañamente se dividen en cuatro situaciones ubicadas a modo *sui generis* como son: a) vicios en el proceso; b) error de derecho; c) error de hecho; d) otras cuestiones que afecten la imparcialidad y la justicia en el desarrollo de las actuaciones de las respectivas Salas.

Empero, este capítulo ha debido establecerse con mejor orientación y especialmente, unas normas orientadoras más precisas, en relación al principio de agravio, la prohibición de *reformatio in pejus*, los efectos extensivos del recurso. Entre otras cuestiones era indispensable atender a las distintas dificultades que pueden hallarse en el curso del proceso, principalmente en lo que atañe a las cuestiones relativas a vicios de los actos, la posibilidad de convalidación o no de los mismos, las nulidades y los efectos.

Por otra parte, una característica especial que tiene el procedimiento de apelación es que en el caso de una sentencia absolutoria en primera instancia no se otorgará la libertad hasta tanto se confirme la absolutoria mediante la apelación. Aquí se revela el carácter especialmente restrictivo y de evidente desconfianza de lo acontecido en la instancia de juicio, asunto que no se compadece con la orientación general en esta materia. Es decir, para que opere la libertad es necesaria la doble conformidad. Sin embargo, con base en lo establecido en el artículo 81.3.a podría interpretarse que la Sala de Primera Instancia ha de decidir la libertad del acusado. No obstante, es un asunto que está sometido a diversas cuestiones que posibilitan la revocatoria de la libertad en caso de no satisfacerse los extremos planteados (81.3.a. b .c, i,ii).

Otras consideraciones en materia recursiva, destaca la revisión de los fallos una vez que hubiere operado la condena (Revisión del Fallo Condenatorio o de la

Pena). En efecto, el artículo 84 que podrá procederse a la revisión del fallo cuando se hubieren descubierto nuevas pruebas y que de haber sido consideradas se hubiese producido un veredicto distinto. O cuando los jueces hubieren incurrido en falta de cumplimiento de las funciones en tal magnitud para que se justifique, incluso, la separación del cargo. En todo caso, el procedimiento consiste en convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia original, constituir una nueva Sala, o mantener la competencia para conocer directamente del asunto, luego de oír a las partes, para determinar la revisión de la sentencia definitiva. No se describe en este artículo, la situación cuando se produzcan modificaciones sustanciales que sean favorables a la persona condenada.

En fin, la característica esencial del proceso contenido en el estatuto resulta ser más inquisitivo que puramente acusatorio, en ello resulta concurrente la opinión de Gómez Colomer, al señalar que la mezcla de sistemas hizo patente un diseño de juicio con amplias inclinaciones oficiosas, muy pocas iniciativas *ope exceptione* y el afianzamiento de la desconfianza en la labor judicial desarrollada, a veces hasta en extremo. La secuencia procesal permite observar el resguardo de las garantías del justiciable y de las partes; esta premisa garantista se mantiene en un nivel mínimo y con una fuerte tendencia a la *presunción de culpabilidad* contrario a la *presunción de inocencia* que generalmente es un principio universalmente aceptado, aun cuando, normalmente se le desconoce o se le minimiza. Sin embargo, la expresa manifestación de la orden de detención al inicio de las investigaciones preliminares y la insistencia del encarcelamiento, incluso, con sentencia absolutoria de la primera instancia, deja en evidencia lo expuesto. La vista general del procedimiento penal previsto en el estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Pruebas deja ver que la intervención del fiscal del Ministerio Público es cardinal para iniciar la investigación y orientar el juicio hasta la sentencia definitiva. Pero, su labor está caracterizada como sujeto procesal -esencialmente acusador- al estilo anglosajón del *public persecutor* sin que pueda apreciarse otra asignación diferente.

En suma, ¿la *confirmación estrictamente acusatoria* del Ministerio Público ante el sistema jurisdiccional de la corte penal internacional, lo circunscribe a una actuación diferente en pro de la justicia?. La respuesta es obvia, el Ministerio Público tanto en el ámbito interno como en su nuevo rol ante la corte penal internacional tiene el cometido de fortificar la necesidad de protección, la necesidad de evitar la impunidad

y la necesidad de no dar cabida a la inequidad. Su papel se circunscribe a la jurisdicción y en ello consiste su esencia a favor de la legalidad y la justicia internacional en la persecución de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bassiouni, C. (2000). La Corte Penal Internacional. Ratificación y aplicaciones por las legislaciones nacionales. *Revue Internationale de Droit*. Editions Èrès. Toulouse.
- Gómez Colomer, J. (2003). El Tribunal Penal Internacional: Investigación y Acusación. Tirant Monografías. Tirant lo blanch. Valencia.
- _____ (2004). La investigación del Crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional. *Revista Penal La Ley*. Número 12. En colaboración con: Universidad de Huelva, Salamanca, Castilla - La Mancha y Pablo Olavide. Ed. La Ley. Salamanca.