

DISCLOSURE E INTEGRIDAD PROCESAL EN EL CASO LUBANGA.

EL RESPETO DE LAS REGLAS PROCESALES Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL*

Alberto Nanzer

RESUMEN. En *Lubanga*, la Sala de Primera Instancia paralizó dos veces el proceso ante la resistencia de la fiscalía a divulgar ciertas pruebas de descargo que tenía en su poder. El trabajo reseña lo ocurrido en el caso y evalúa críticamente la solución escogida por la CPI para lidiar con los problemas derivados del *disclosure*. Puntualmente, critica que el tribunal no haya excluido la posibilidad de que un acusado sea condenado en un proceso en el que se le ha ocultado prueba potencialmente exculpatoria. A su vez, sugiere que el sistema procesal consagrado en el ECPI enlaza aspectos negativos del *common-law* y del derecho continental. Finalmente, el artículo postula que la rigidez con que la Sala resguardó la integridad del proceso es consistente con los fines de la justicia penal internacional. Se comentan distintas teorías “expresivistas”, que destacan la virtud comunicativa de la pena y el proceso para restablecer el derecho luego de la comisión de crímenes atroces.

Palabras clave: *disclosure*, clausura del proceso, prueba exculpatoria, *common-law*, *civil-law*, teorías “expresivistas”, integridad del proceso, justificación de la justicia penal internacional.

ABSTRACT. In *Lubanga*, Trial Chamber I stayed the proceedings twice due to the Prosecutor’s unwillingness to disclose some exculpatory evidence in its possession. The paper describes what happened in the case and makes a critical evaluation of the solution adopted by the ICC to deal with disclosure issues. Specifically, it criticizes the fact that the court did not exclude the possibility of an accused being convicted in a procedure in which potentially exculpatory evidence was not disclosed to him. We also suggest that the procedural system enshrined in the Rome Statute combines some negative aspects of both common law and continental law.

* Agradezco el interés y los valiosos comentarios de Máximo Langer, Kai Ambos, Pablo Eiroa, Daniel Pastor y José Milton Peralta.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

Finally, we posit that the Chamber's rigid protection of the integrity of the procedure is consistent with the aims of international criminal justice. We examine different "expressivist" theories which highlight the communication values of punishment and of the proceedings as a means of reaffirming the law after the commission of heinous offenses.

Key words: disclosure, closure of the proceedings, exculpatory evidence, common law, civil law, expressivism, integrity of the proceedings, justification of international criminal justice.

ZUSAMMENFASSUNG. Im *Lubanga*-Prozess hat die Hauptverfahrenskammer zweimal das Verfahren aufgrund der Weigerung der Anklagebehörde unterbrochen, in ihrem Besitz befindliches entlastendes Beweismaterial herauszugeben. Der Beitrag stellt die Ereignisse im genannten Fall dar und nimmt eine kritische Wertung der vom IStGH gewählten Lösung für den Umgang mit den aus der Offenlegung (*disclosure*) folgenden Problemen vor. Er kritisiert insbesondere, dass das Gericht die Verurteilung eines Angeklagten in einem Verfahren nicht ausgeschlossen hat, in dem möglicherweise entlastendes Beweismaterial vorenthalten wurde. Zugleich wird die Auffassung vertreten, dass das im IStGH-Statut niedergelegte Prozesssystem negative Aspekte des *common law* und des kontinentaleuropäischen Rechts verbindet. Abschließend stellt der Artikel fest, dass die Unnachgiebigkeit, mit der die Kammer die Unverletzbarkeit des Verfahrens verteidigte, im Einklang mit den Zielen der internationalen Strafgerichtsbarkeit steht. Er kommentiert verschiedene „expressivistische“ Theorien, in denen der kommunikative Wert der Strafe und des Prozesses für die Wiederherstellung des Rechts nach dem Begehen von Gräueltaten hervorgehoben wird.

Schlagwörter: *disclosure*, Prozessende, entlastendes Beweismaterial, *common law*, *civil law*, „expressivistische“ Theorien, Unverletzbarkeit des Strafverfahrens, Begründung der internationalen Strafjustiz.

1. Introducción

El presente trabajo no se detendrá en las consideraciones efectuadas por la Sala de Primera Instancia (SPI) en la sentencia de condena de Lubanga, ni en sus pronunciamientos posteriores, referidos a la cuantía de la pena y la reparación de las víctimas. Mi interés aquí se circunscribirá a examinar dos incidencias previas que, por razones formales, por poco determinan la conclusión anticipada del proceso. Me refiero a las decisiones de suspensión temporaria del trámite, adoptadas por la propia SPI I, sobre la base de la doctrina inglesa del abuso del proceso.

Estas decisiones fueron la consecuencia previsible de una disputa ardua y continua entre los representantes de la acusación y los de la jurisdicción. Ambas son el corolario de un abierto desafío de la fiscalía a la autoridad de los jueces, tanto en su facultad para interpretar normas procesales como en su prerrogativa para dar órdenes a las partes. Pero esta relación ríspida y recelosa no irrumpió de la nada; por el contrario, ella se hizo visible de la mano de una institución compleja, extraña a quienes hemos sido formados en el sistema continental. Me refiero al denominado *disclosure*, es decir, al deber general de las partes de divulgar la prueba de la que disponen antes del juicio.

En lo que sigue, intentaré formular algunas precisiones sobre la regulación de esta materia en el sistema procesal de la CPI (sección 2). Luego ofreceré una reseña de las incidencias procesales que derivaron en la suspensión del trámite (sección 3). A partir de esos antecedentes, procuraré definir en qué medida la confidencialidad puede operar como restricción a los deberes de divulgación que pesan sobre el fiscal (sección 4). Asimismo, examinaré si los problemas del caso Lubanga responden a una combinación inadecuada de elementos propios de los modelos acusatorio e inquisitivo (sección 5). Por último, teniendo en cuenta la rigidez con la que se condujo la SPI, esbozaré algunas reflexiones sobre el valor de la integridad procesal en la justicia penal internacional (sección 6).

2. La regulación del *disclosure* en el ECPI

El ECPI sujeta la persecución penal de los crímenes internacionales a los estándares del denominado *fair trial*. Esta noción reúne un conjunto de derechos individuales reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien sus derivaciones concretas varían según el ordenamiento jurídico de que se trate, lo cierto es que los tribunales regionales procuran fijar niveles mínimos de protección que los Estados no pueden vulnerar sin incumplir los tratados multilaterales a los que han adherido. El proceso penal internacional hace propio ese desarrollo normativo y jurisprudencial; una de las aspiraciones del sistema es esclarecer y castigar los crímenes más graves a través de un proceso modelo, capaz de proyectarse luego a los ordenamientos de los Estados parte.¹

¹ Cf. no obstante las reservas de Mégret, para quien no es apropiado analizar el proceso penal internacional únicamente desde esta perspectiva. Frédéric Mégret, "Beyond 'Fairness': Understanding the Determinants of International Criminal Procedure", *UCLA Journal of International Legal & Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 37 ss.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

Uno de los subprincipios en los que suele descomponerse la noción de *fairness* es el de igualdad de armas, que no alude —como podría intuirse— a una completa igualación de las facultades procesales concedidas a una y otra de las partes contendientes, sino más bien a un equilibrio entre la fiscalía y la defensa, que permita a esta última resistir la acusación con la mayor eficacia posible. En otras palabras, la legislación procesal debe garantizar al acusado una justa chance de analizar críticamente y contrarrestar la prueba de cargo que la acusación ha reunido mediante el empleo de sus numerosas facultades de injerencia e investigación.² De allí que todas las manifestaciones concretas de este subprincipio tengan una naturaleza eminentemente reparadora: el derecho procesal debe elevar el protagonismo de la defensa, a riesgo de que todo el proceso se desnaturalice y se convierta en un mecanismo opresivo e injusto.

Entre otras cosas, sobresalen a este fin los derechos del acusado a estar debidamente informado de los cargos que se le imputan, a disponer del tiempo y las facilidades necesarios para preparar su defensa, a requerir la presencia en el juicio de los testigos de descargo, y a presentar toda otra prueba que refuerce su hipótesis exculpatória. En los procesos de naturaleza adversarial, caracterizados por la colisión abierta de dos explicaciones de los hechos independientes entre sí, adquiere singular relevancia la figura del *disclosure*. Dicha institución, correspondiente a la etapa de preparación del juicio, impone a las partes el deber de exhibirse recíprocamente todas las pruebas que utilizarán en la audiencia.³

Las disposiciones del ECPI y de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) referidas a esta materia no difieren en lo esencial de aquellas vigentes en los tribunales *ad-hoc*,⁴ ni se distinguen demasiado de las que rigen en el derecho angloamericano.⁵ De todas maneras, la particular configuración del ECPI determina que esa obligación resulte aquí más onerosa para el fiscal que en los sistemas mencionados. Por un lado, el ECPI divide

² Sigo aquí a Roxin y Schünemman, para quienes esta interpretación permite reivindicar la igualdad de armas incluso en un sistema procesal como el alemán, que no adscribe a la idea de contienda ni reconoce a la fiscalía el rol de parte. Claus Roxin y Bernd Schünemman, *Strafverfahrensrecht*, 26.ª ed., Múnich: Beck, 2009, p. 63.

³ Cf. Sabine Swoboda, "The Disclosure Regime. A Defense Perspective", *Criminal Law Forum*, vol. 19 (2008), p. 450.

⁴ Cf. Vladimir Tochilovsky, "Prosecution Disclosure in the ICC and Relevant Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals", en Doria, Gasser y Bassiouni (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden: Nijhoff, 2009, p. 843; Elizabeth Nahamya y Diarra Rokhayatou, "Disclosure of Evidence before The International Criminal Tribunal for Rwanda", *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), pp. 339 ss.

⁵ Sobre las diferencias entre los países del *common-law*, cf. Maximo Langer y Kent Roach, "Rights in the criminal process: a case study of convergence and disclosure rights", en Tushnet y Fleiner (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Abingdon: Routledge, 2013, pp. 273 ss. (en particular, pp. 280 s.).

el deber de divulgar la prueba exculpatoria en dos etapas: primero ante la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP), durante la audiencia de confirmación de los cargos; luego, ante la SPI, durante la audiencia previa al comienzo del debate. Por otro lado, el ECPI demanda del fiscal una mayor objetividad que la que es propia del fiscal ante los tribunales *ad-hoc*. Prueba de ello es que el artículo 54.1.a le impone el deber de investigar tanto las circunstancias inculpativas como aquellas que puedan favorecer la posición del imputado. Ambos rasgos —en especial este último— incrementan sensiblemente sus obligaciones de divulgación.

El deber de divulgación está consagrado en dos normas del ECPI. El artículo 61, referido a la audiencia de confirmación de los cargos, establece en su inciso 3 que el fiscal estará obligado a proporcionar al imputado un ejemplar del documento en que se formulan los cargos en su contra (apartado *a*), y a informarle acerca de las pruebas que se proponga presentar ante la SCP (apartado *b*).

El artículo 67, referido a los derechos del acusado pronto a enfrentar el juicio, dispone que el fiscal “divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo” (inciso 2). La norma reza finalmente que, en caso de duda, “la Corte —la SPI— decidirá”.⁶

⁶ La figura del *disclosure* se completa luego con lo dispuesto en las RPP. La regla 76 aclara en su inciso 1 que el fiscal debe comunicar a la defensa “los nombres de los testigos que se proponga llamar a declarar en juicio” y que, además, “le entregará copia de las declaraciones anteriores de estos”. La regla 77 extiende esta obligación de divulgación a los “libros, documentos, fotografías u otros objetos tangibles” que se encuentren a disposición del fiscal.

Tanto aquella como esta regla establecen que los deberes de la fiscalía se entenderán sin perjuicio de la necesidad de proteger a víctimas y testigos, ni de las exigencias de confidencialidad. La regla 81.2, por ejemplo, habilita al fiscal para que solicite al tribunal que este lo releve de su deber, en aquellos casos en que la divulgación de documentos o informaciones pueda perjudicar investigaciones presentes o futuras; de todas formas, aclara luego que esas pruebas no serán admitidas hasta tanto el fiscal las ponga en conocimiento de la defensa.

La regla 81.3 remite a las facultades del tribunal —en la instancia de confirmación de los cargos y en la de juicio— para adoptar recaudos tendientes a proteger la seguridad individual de víctimas y testigos, así como la de sus familiares; esto quiere decir que la divulgación solo tendrá lugar en las condiciones establecidas previamente por el tribunal. En sentido concordante, la regla 81.4 dispone que el tribunal podrá tomar medidas para proteger la confidencialidad de la información, o para garantizar la seguridad de las personas comprometidas; entre las medidas admisibles, según la misma regla, cuenta la prohibición de divulgar la identidad de los testigos antes del comienzo del juicio.

La regla 81.5, por su parte, fija una pauta muy importante para tener en cuenta en casos conflictivos: cuando la fiscalía, amparada en la necesidad de proteger a víctimas y testigos, se haya reservado documentos o informaciones,

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

Las normas potencialmente conflictivas con este deber general, en lo que interesa al caso *Lubanga*, son los artículos 54.3.e y 68.1 ECPI. El primero autoriza al fiscal a “convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información”.⁷

El segundo dispone que el tribunal adoptará las medidas adecuadas para proteger los intereses de víctimas y testigos; esa responsabilidad se extiende también al fiscal. La norma deja en claro que las medidas escogidas “no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial”.

3. Las resoluciones de paralización del trámite

1. La primera resolución sobre abuso del proceso⁸ se suscitó en razón de que la Fiscalía se rehusaba a divulgar a la defensa —y también al tribunal— numerosos elementos de prueba potencialmente exculpatórios. Justificaba su proceder en el artículo 54.3.e ECPI: sostenía que esa norma faculta al fiscal a recolectar pruebas en condiciones de confidencialidad, y lo releva de ese modo del deber general previsto en el artículo 67.2 ECPI.

La situación era sumamente grave porque la estrategia de la fiscalía dependía de la información obtenida por esa vía. En particular, su hipótesis acusatoria se sustentaba en numerosos elementos de prueba provistos por la ONU sobre la base de un acuerdo de confidencialidad celebrado previamente con la CPI; allí se consignaba que la ONU y la fiscalía podían convenir que la primera suministrara a la segunda documentos o

estos “no podrán hacerse valer posteriormente como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o el juicio sin antes darlos a conocer de manera debida al acusado”.

⁷ La regla 82, con la que se procura reglamentar esta facultad del fiscal, no hizo más que sembrar confusión. Es que su inciso 2 dispone que “si el fiscal presentare como prueba documentos o informaciones protegidos con arreglo al párrafo 3 e) del art. 54”, el tribunal no podría exigir aclaraciones ni ampliaciones de parte de las fuentes que interactuaron con aquel. Como veremos más abajo, esta regla sirvió al fiscal en *Lubanga* para postular la tesis de que el artículo 54.3.e ECPI permitía recopilar prueba en sentido estricto, es decir, prueba utilizable en el juicio.

⁸ CPI, SPI I, *Prosecutor v. Lubanga, Case n° ICC-01704-01/06, “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”* (resolución del 13 de junio de 2008).

informaciones bajo promesa de confidencialidad y únicamente con el propósito de generar nueva prueba.⁹

El material que el fiscal pretendía reservar para sí consistía en más de 207 documentos que, según él mismo admitía, podrían ostentar naturaleza potencialmente exculpatoria o resultar de interés para la preparación de la defensa. Del total, 156 documentos habían sido suministrados por la ONU a partir del acuerdo mencionado.¹⁰

El tribunal dividió su pronunciamiento en tres partes.

a. En la primera, fijó su posición acerca de la interpretación que correspondía asignar al artículo 54.3.e ECPI, y examinó en qué medida esa norma suscitaba un conflicto con el artículo 67.2 ECPI.

Destacó que el texto del artículo 54.3.e ECPI era diáfano y no dejaba margen para la duda. Según esa regla, el uso de los acuerdos de confidencialidad solo es factible en circunstancias excepcionales. Sin perjuicio de esa interpretación restrictiva, además, la información obtenida a cambio de la promesa de confidencialidad únicamente podía utilizarse para generar pruebas nuevas.¹¹

Luego expresó su disconformidad con la actitud de la fiscalía, que había reconocido públicamente su pretensión de utilizar ese recurso como fuente de pruebas definitivas. Dijo que esa postura representaba un abuso “serio y masivo”, a la vez que la violación de una disposición importante; sostuvo que, con esa lógica, toda la prueba que el fiscal obtuviera de sus proveedores de información podría subsumirse en los acuerdos mencionados en el artículo 54.3.e ECPI.¹²

Consideró entonces que el empleo de tales acuerdos no podía tener lugar de un modo que “subvierta el Estatuto”. Y le hizo saber al fiscal que, en situaciones como esa, el proceso solo podía seguir adelante previa divulgación de toda la prueba potencialmente exculpatoria.¹³

⁹ Artículo 18.3 del acuerdo, transcripto por el tribunal en el § 65.

¹⁰ *Ibidem*, § 63.

¹¹ *Ibidem*, § 71. Este pasaje, sin embargo, no es tan terminante como parece. El tribunal sugiere al final que la regla 82.1, eventualmente, podría habilitar el uso directo en el juicio de la “prueba plataforma” (*springboard evidence*). Aquí la transcripción de la oración problemática: “[...] las restricciones son que la fiscalía debería recibir documentos o información de forma confidencial únicamente con el propósito de generar nueva prueba; en otras palabras, el único propósito de recibir este material debería ser que él conduzca a otra prueba (que, por consiguiente, puede utilizarse), a menos que se aplique la regla 82(1)” (itálica agregada).

¹² *Ibidem*, § 73.

¹³ *Ibidem*, § 75.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

Explicó por último que, si se respetaban esas premisas, el conflicto entre los artículos 54.3.e y 67.2 ECPI se tornaba insignificante; aclaró que cuando el fiscal detectara que algún elemento de la *springboard evidence* ostentaba un carácter potencialmente exculpatório, debía hacer las gestiones necesarias para que el proveedor de la información le permitiera divulgarlo a la defensa; añadió que una eventual negativa lo obligaba de todos modos a someter el problema ante el tribunal, por la vía prevista en la regla 83 (audiencia *ex parte*).¹⁴

b. En la segunda parte, dejó en claro que el derecho de la defensa a obtener el *disclosure* integra la noción de *fair trial*. Tomó para sí la opinión del TPIY, en el sentido de que, “aunque en algunos casos pueda resultar necesario negar cierto material a la defensa, de modo tal de asegurar un interés público importante [...] el interés público queda de todas formas excluido allí donde su aplicación privaría al acusado de la oportunidad de establecer su inocencia”.¹⁵

c. Finalmente, el tribunal despejó las dudas sembradas por el fiscal en torno al rol del tribunal en incidencias procesales de este tipo. Rechazó la pretensión de la fiscalía de reservarse una facultad para decidir *per se* si la prueba potencialmente exculpatória repercutiría en la decisión del tribunal solo de forma conjetural o si, por el contrario, ella influiría realmente. Sostuvo que esa disquisición no tenía arraigo en el ECPI; por ello, cada vez que el fiscal creyera que la prueba demostraba o tendía a demostrar la inocencia, ella debía ser divulgada inmediatamente, al menos al tribunal.¹⁶

Frente a este panorama, el tribunal asumió una posición radical y detuvo el trámite del proceso. Ponderó que, si desde el comienzo era claro que no estaban dadas las precondiciones esenciales para un juicio justo y si, además, no podía vislumbrarse que esas precondiciones pudieran reconstituirse luego, resultaba “necesario” e “inevitable” paralizar el caso.¹⁷

La Sala de Apelaciones (SA) adoptó una decisión salomónica: ratificó la posición de la SPI, pero levantó la suspensión del proceso, tomando en cuenta que, en el ínterin,

¹⁴ *Ibidem*, § 76.

¹⁵ *Ibidem*, § 80.

¹⁶ *Ibidem*, § 87. Sobre esa base, los jueces consideraron que la negativa de la fiscalía les había impedido evaluar la situación por sí mismos; apuntaron que, con ese criterio, se bloqueaba sin remedio la posibilidad de que el tribunal decida en casos de duda, tal como lo exige el artículo 67.2 ECPI (*ibidem*, § 88).

¹⁷ *Ibidem*, § 91.

las fuentes habían relevado al fiscal de su deber de mantener la información en secreto.¹⁸ En otras palabras: avaló el cuadro de situación descripto por el tribunal inferior como fundamento de la detención, pero sostuvo que tal estado de cosas ya no respondía a la realidad.¹⁹

Por un lado, la SA mantuvo en lo esencial la interpretación propiciada por el tribunal para el artículo 54.3.e ECPI. Dijo que tanto la interpretación literal como la contextual sugerían lo mismo: la fiscalía solo podía ampararse en esa norma con el propósito de generar, a partir de ella, nuevas y verdaderas pruebas capaces de ser divulgadas a la defensa con antelación al comienzo del juicio.²⁰ Si bien reconoció al fiscal que en la mayoría de los casos no resultaba posible predecir qué naturaleza tendrían las informaciones que se obtuvieran a partir de acuerdos de confidencialidad, ponderó también que su decisión de recurrir a esta herramienta lo obligaba a lidiar con esa incertidumbre. Dejó en claro que los riesgos de este tipo de investigaciones no pueden trasladarse al acusado, quien mantiene una expectativa al pleno reconocimiento de sus derechos procesales.²¹

Rechazó de forma expresa un argumento planteado por las víctimas, que consideraban que, en verdad, el artículo 67.2 ECPI no era aplicable a los supuestos del artículo 54.3.e. Fundaban esa afirmación en que aquella norma obligaba a divulgar toda la prueba, y que esta, justamente, no reconocía el carácter de prueba a los documentos cuya exhibición no es posible por decisión de sus proveedores. La SA desestimó ese criterio, pues lo contrario implicaría aceptar que el fiscal pudiera acumular gran cantidad de información sobre la base de un acuerdo de confidencialidad, sin someterla al examen del tribunal o la defensa; ese proceder sería contrario a la idea de *fair trial*, que debe operar como guía en la interpretación del Estatuto.²²

¹⁸ CPI, SA, *Prosecutor v. Lubanga, Case n° ICC-01/04-01/06 OA 13, "Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled 'Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008'"* (resolución del 21 de octubre de 2008). Cf. el voto parcialmente disidente del juez Pikis, para quien la paralización del proceso dispuesta por la SPI no se había supeditado a condición alguna y, en consecuencia, debía reputarse permanente y definitiva (§ 49 ss.).

¹⁹ Destacó que el 13 de junio de 2008, efectivamente, la SPI tuvo que hacer frente a una situación en la que la fiscalía disponía un gran número de documentos de contenido potencialmente exculpatorio, que no estaba dispuesta a divulgar ni a la defensa de Lubanga ni al propio tribunal. Dijo al respecto que "si el juicio del Sr. Lubanga Dyilo hubiera tenido lugar en tales circunstancias, habría existido siempre una duda indefinible respecto a si la divulgación de los documentos en cuestión hubiera cambiado el curso del juicio" (ibídem, § 97).

²⁰ Ibídem, § 41, 54 y 55.

²¹ De allí el acierto de calificar este recurso investigativo como "excepcional" (cf. ibídem, § 55).

²² Ibídem, § 43.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

Por otro lado, la SA confirmó que la fiscalía no tiene facultades para sustraer al tribunal la información obtenida en razón del artículo 54.3.e ECPI. Consideró que la última oración del artículo 67.2 ECPI —que le concede al tribunal la facultad de decidir en caso de duda— indica que la evaluación final en torno a la divulgación del material que posee o controla el fiscal corresponde a los jueces. Agregó que esa facultad era consecuente con lo previsto en el artículo 64.2 ECPI, que confía al tribunal el deber general de garantizar que el juicio sea procesalmente justo y expeditivo, así como el respeto de los derechos del acusado.²³

Dijo a continuación que, aunque el tribunal siempre puede acceder a la información confidencial, él no tiene permitido disponer la divulgación sin el consentimiento de las fuentes. En casos como este, sus facultades se circunscriben a recibir el material, examinarlo en una audiencia *ex parte* y decidir si tiene o no carácter potencialmente exculpatario. En caso afirmativo, debe urgir al fiscal para que obtenga la autorización de los proveedores de la información; si estos mantienen su posición reticente, determinará si pueden adoptarse medidas equilibradoras, capaces de asegurar los derechos del acusado y la justicia procesal del juicio, pese a la no divulgación de la información.²⁴

2. La segunda resolución que paralizó el proceso tuvo también su origen en una disputa en torno a los deberes de divulgación que el ordenamiento procesal impone a la fiscalía.²⁵ Esta vez, la controversia se refería a la situación de los denominados *intermediarios*, esto es, individuos que recolectan prueba en el lugar de los hechos por encargo de la acusación.²⁶

Durante el juicio, el tribunal consideró necesario que la fiscalía revelara la identidad y otros datos personales del intermediario 143. La cuestión se suscitaba en medio de una denuncia de la defensa, que argüía que algunos intermediarios contratados por el fiscal habían sobornado a diversos testigos y manipulado sus declaraciones. El tribunal tuvo en cuenta la convergencia de intereses presentes en el caso: por un lado, la urgencia por esclarecer si la intervención de estos sujetos pudo haber perturbado el caso que presentaba

²³ *Ibíd.*, § 46.

²⁴ *Ibíd.*, § 48.

²⁵ CPI, SPI I, *Prosecutor v. Lubanga, Case n° ICC-01/04-01/06, "Public Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU"* (resolución del 8 de julio de 2010).

²⁶ El tribunal discurrirá luego *in extenso* sobre los inconvenientes de esta modalidad de investigación, en su sentencia del 14 de marzo de 2012.

el fiscal y, por el otro, la necesidad de proteger la seguridad de la persona cuyo datos se mantenían hasta el momento en reserva. Finalmente, los jueces se inclinaron por una divulgación acotada: resolvieron que la información relativa a 143 solo sería accesible a la defensa y a la persona de contacto que esta tenía en la República Democrática del Congo, luego de que fueran tomadas las medidas de seguridad pertinentes para resguardar la integridad de la persona afectada; cualquier otra difusión quedaba expresamente prohibida.²⁷

La fiscalía no quedó conforme con ese criterio e intentó revertirlo por todos los medios. Una vez que expiró el plazo que el tribunal le había fijado para cumplir con la orden, el fiscal mantuvo su negativa. Sostuvo que se hallaba ante un dilema; un conflicto entre el deber de obedecer al tribunal y el de proteger a las personas que pudieran sufrir represalias como consecuencia de sus investigaciones. Dijo entonces que prefería “enfrentar consecuencias adversas en su litigio que poner a una persona en riesgo como resultado de la previa interacción con esta oficina”.²⁸

El tribunal expuso que la actitud de la fiscalía suscitaba dos problemas. Por un lado, la cuestión más tangible, esto es, la negativa del fiscal a revelar a la defensa la información referida al informante 143. En este sentido, el tribunal advirtió que ese incumplimiento influiría negativamente en su evaluación de la prueba y de la justicia procesal con la que se había desarrollado este caso. Destacó a su vez que la falta de divulgación del informante reforzaba un planteo de abuso del proceso, fundado justamente en las arbitrariedades propiciadas por la fiscalía durante la recopilación de la prueba en el Congo.²⁹

El segundo problema resultaba en cambio de la actitud desafiante hacia la autoridad del tribunal. Sobre esto, consideró inaceptable la posición del fiscal, según la cual este no estaría obligado a cumplir las órdenes judiciales referidas a la protección de personas convocadas por la CPI. La fiscalía, reprocharon los jueces, pretendía reescribir el artículo 68.1 ECPI, que atribuía al tribunal la facultad de adoptar medidas “apropiadas” para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad de víctimas y testigos.³⁰ Sostuvieron que el cumplimiento de las medidas no podía quedar al

²⁷ Lubanga, “Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143”, cit., § 8.

²⁸ *Ibidem*, § 14 s.

²⁹ *Ibidem*, § 20.

³⁰ La acusación —vale la pena aclarar— se amparaba en el texto de esa misma norma que, seguidamente, establece que “el fiscal debe adoptar tales medidas particularmente durante la investigación y persecución de esos crímenes”.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

arbitrio del fiscal; recalcaron que si bien esa misma norma también lo autoriza a tutelar la seguridad de las personas en riesgo, la decisión definitiva compete exclusivamente al tribunal, y la Fiscalía no tiene atribuciones para desobedecer argumentando que el criterio escogido es errado.³¹

En el párrafo más rudo de la resolución, los jueces expusieron que ningún tribunal puede operar en un contexto en el cual la fiscalía se reserva el derecho de ignorar sus órdenes en función de cómo interpreta sus propias obligaciones. Consideraron que la pretensión de la fiscalía de erigirse en una autoridad paralela capaz de derrotar las razones del tribunal “supone una intrusión profunda, inaceptable e injustificada en el rol de la judicatura”.³²

Así las cosas, el tribunal concluyó que la actitud del fiscal no dejaba otra alternativa que detener el juicio por abuso del proceso: no solo por el incumplimiento de la orden puntual referida al informante 143, sino especialmente por la decisión unilateral de la fiscalía de reservarse una facultad de examinar las medidas judiciales de protección de testigos. Este escenario impedía garantizar un juicio procesalmente justo a los acusados, pues sustraía a los jueces el control de una parte significativa del procedimiento.³³

La SA, a su turno, levantó otra vez la suspensión del proceso; esta vez lo hizo revocando expresamente lo decidido por la SPI.³⁴ El tribunal superior cuestionó también la posición desafiante de la fiscalía,³⁵ aunque calificó de desproporcionada la consecuencia procesal impuesta; sostuvo que no podía afirmarse que los jueces hubieran perdido el control en el desarrollo del juicio y que, por consiguiente, habría bastado con aplicar sanciones correctivas al fiscal renuente, de conformidad con lo previsto por el artículo 71 ECPI.³⁶

Este segundo fallo no se refirió en concreto a la cuestión de la divulgación de la prueba, sino únicamente a la prerrogativa que el tribunal había reivindicado para impartir órdenes vinculantes a la fiscalía.³⁷ De cualquier manera, la SA reforzó todavía

³¹ *Ibidem*, § 24.

³² *Ibidem*, § 27.

³³ *Ibidem*, § 31.

³⁴ CPI, SA, *Prosecutor v. Lubanga*, Case n° ICC-01/04-01/06 OA 18, “Public document Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled ‘Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU’” (resolución del 8 de octubre de 2010).

³⁵ *Ibidem*, § 46 ss.

³⁶ *Ibidem*, § 59 ss.

³⁷ La SA consideró que las dos órdenes de la SPI relativas a la divulgación de la información personal del intermediario 143 no eran motivo de impugnación (cf. *ibidem*, § 45).

más la autoridad del tribunal para administrar un conflicto suscitado en torno a este tema: cuando se dilucidan las medidas más convenientes para proteger a las víctimas y los testigos, la fiscalía debe sin excepción acatar el criterio del tribunal. Recordó que la potestad del fiscal para adoptar medidas de este tipo —reconocida en el artículo 68.1 ECPI— no puede relativizar ni perturbar la responsabilidad del tribunal de garantizar un juicio procesalmente justo e imparcial.³⁸

4. Excurso: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ¿verdadero auxilio de la CPI?

En la primera de sus resoluciones sobre *disclosure*, la SPI se amparó en la jurisprudencia del TEDH para argumentar que la fiscalía no podía decidir por sí misma cuándo ocultar y cuándo divulgar la prueba exculpatoria. La reserva unilateral de la prueba, destacó la SPI, no era un mecanismo avalado por ese organismo regional, que exigía que la decisión fuera adoptada por el tribunal de juicio.³⁹ Ahora bien, ¿es esta una reproducción fiel del criterio imperante en Estrasburgo?

La jurisprudencia del TEDH permite advertir un estándar bastante nítido respecto del *disclosure*, en una sucesión de casos que involucran al Reino Unido.⁴⁰ En concreto, el tribunal ha dicho que el derecho fundamental al *fair trial* (artículo 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CEDH]) demanda la institución de procesos adversariales, en los que impere el principio de igualdad de armas entre la acusación y la defensa. Esto supone, entre otras cosas, que ambos participantes del proceso deben contar con la posibilidad de conocer y observar la prueba de su antagonista; de allí la necesidad de que la acusación divulgue a la defensa toda la evidencia que posea, sea favorable o desfavorable para el acusado. Pese a la contundencia del aserto, el TEDH también ha dejado en claro que la pretensión de la defensa no puede considerarse un derecho absoluto; en ciertos casos, antes bien,

³⁸ *Ibidem*, § 50. La SA propuso así una interpretación sistemática, capaz de armonizar lo previsto en los artículos 68.1 y 64.2 ECPI.

³⁹ Cf. CPI, *Prosecutor v. Lubanga*, “Decision on non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements”, § 82 ss.

⁴⁰ Interesan aquí los siguientes: *Rowe and Davis*, sentencia del 16 de febrero de 2000; *Jasper*, sentencia del 16 de febrero de 2000; *Edwards and Lewis*, sentencia del 27 de octubre de 2004, y *McKeown*, sentencia del 11 de enero de 2011.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

la obligación de divulgar la prueba puede ceder por razones de seguridad nacional, o frente a la necesidad de proteger testigos en riesgo, o para mantener en reserva ciertos métodos de investigación policial. El tribunal se apresura a aclarar que la invocación de estas causales solo permite prescindir del *disclosure* en situaciones de estricta necesidad y que, cuando ello ocurre, el Estado debe encontrar los mecanismos para contrarrestar las dificultades provocadas al acusado.

Al mismo tiempo, el TEDH considera que no le corresponde examinar si el retaceo de la divulgación ha sido efectivamente necesario, pues ello lo obligaría a sustituir al Estado en la valoración de la prueba. Su labor, en casos como este, se circunscribe a controlar el *procedimiento* empleado para arribar a esa decisión. En otras palabras: el TEDH se limita a verificar que, antes de determinar si divulga o no la prueba, el Estado haya empleado mecanismos que garanticen la igualdad de armas y protejan los intereses del acusado.⁴¹

La SPI citó expresamente los casos *Rowe and Davis* y *Jasper*. En el primero de ellos, el tribunal se encontraba frente a un caso similar a *Lubanga*: el fiscal, *motu proprio*, había decidido no divulgar una prueba por razones de interés público, sin exhibírsela antes al juez. El defecto procesal pretendió ser subsanado luego, cuando la fiscalía puso la prueba a disposición de la cámara de apelaciones; la cuestión a decidir era si ese control posterior podía subsanar la omisión de exhibir el material frente al tribunal de juicio.

En *Jasper*, el acusado había sido condenado por contrabando de marihuana, luego de un proceso en el cual parte de la prueba había sido mantenida en reserva. Aquí, la fiscalía había solicitado al juez que excluyera la evidencia en una audiencia *ex parte*, es decir, sin presencia del abogado de defensor. La defensa solo sabía que se había promovido el incidente, pero desconocía qué tipo de prueba pretendía ocultársele. El juez examinó la prueba y consideró que podía mantenerse en reserva, pues no perjudicaba el caso propuesto por la defensa; la cámara de apelaciones compartió ese criterio y ratificó lo decidido. La cuestión a decidir por el TEDH era si la intervención judicial en este caso bastaba para contrarrestar la restricción de derechos, o si habría correspondido proveer al acusado de un “defensor especial”, que accediera a la prueba y representara sus intereses.⁴²

El TEDH resolvió ambos asuntos el mismo día (16 de febrero de 2000). Si bien la solución de los casos fue dispar en relación con la responsabilidad del Reino Unido

⁴¹ Cf. por todos *Rowe and Davis*, § 60 ss.

⁴² La pretensión de la defensa puede consultarse en el § 44 de la sentencia.

(condena en *Rowe and Davis*, exculpación en *Jasper*), el parámetro de evaluación fue idéntico: *someter la decisión al juez de primera instancia es un mecanismo satisfactorio para paliar las dificultades que la no divulgación pueda provocar a la defensa*.

Ahora bien, quien se aproxime a esta jurisprudencia no debe perder de vista un dato esencial: en los dos casos, los acusados habían sido condenados por un jurado. Es decir, se trataba de casos en los que operaba el tradicional sistema anglosajón de tribunales bifurcados (juez técnico que dirige el proceso y fija las penas, jueces legos que se pronuncian sobre la culpabilidad o inocencia del acusado). Cuando le tocó analizar el mismo mecanismo, pero en un esquema de tribunal único, el TEDH ajustó su doctrina.

En *Edwards and Lewis*, se objetó la justicia procesal de dos casos en los cuales la persona que decidía sobre la excepción al *disclosure* era la misma que debía resolver el asunto objeto de prueba. Allí, los peticionarios objetaban el procedimiento empleado para ocultarles, por razones de interés público, pruebas relativas a un planteo de *entrapment*. En otras palabras, los acusados alegaban que el hecho por el que se los acusaba había sido provocado por los propios funcionarios del Estado, y advertían que el juez los había perjudicado al privarles el acceso a una prueba que podía ser conducente para acreditar esa circunstancia.

El TEDH analizó lo ocurrido a la luz del estándar aplicable, y concluyó que el control judicial había sido insatisfactorio. Reconoció que la prueba ocultada se refería o podría haberse referido a una cuestión de hecho, cuya decisión se encomendaba al mismo juez que debía determinar si operaba en el caso una excepción al *disclosure*. Sostuvo que, al decidir que los acusados no habían sido víctimas de provocación estatal, el juez tuvo acceso a pruebas que no fueron divulgadas. Consideró que ese ocultamiento privó a la defensa de la oportunidad de valorar cómo incidirían en la suerte de su planteo y, en consecuencia, condenó al Reino Unido por violación del artículo 6 CEDH.

¿Quiere decir esto que el sistema europeo de protección de los derechos humanos prohíbe que el mismo tribunal que juzga sobre el fondo del asunto se expida antes sobre la incidencia de *disclosure*?

Las consideraciones del TEDH en *McKeown* sugieren una respuesta afirmativa. En esa oportunidad, el tribunal debía determinar si era acorde con el artículo 6 CEDH el procedimiento vigente en Irlanda del Norte para juzgar ciertos delitos de terrorismo. Allí tampoco había un jurado, pero el sistema contemplaba la figura de un *disclosure judge*, al que le tocaba evaluar si la prueba que el fiscal pretendía retener podía de algún modo reforzar la estrategia de la defensa.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

El planteo del peticionario no es de interés aquí;⁴³ lo relevante es lo que el TEDH dijo luego de reseñar su jurisprudencia sobre la materia. Sostuvo que, si se la somete al control de una instancia de apelación, la labor del *disclosure judge* satisface los requerimientos del Convenio. Aclaró: “[...] la fortaleza del sistema de un juez del *disclosure* es que este evita el prejuicio que se suscitaría si al juez del debate le fuera requerido considerar material no divulgado, mas no deja la cuestión del *disclosure* librada enteramente a la discreción de la fiscalía”. Y remató que la alternativa norirlandesa, precisamente, era propicia para hacer frente al problema que motivó la condena del Reino Unido en *Edwards and Lewis*.⁴⁴

En el caso *Donohoe v. Irlanda*, sin embargo, el TEDH se abstuvo de propinar un golpe definitivo al procedimiento de *disclosure* que sigue la CPI.⁴⁵ Allí, el peticionario esgrimía que el examen judicial —efectuado por el mismo tribunal que lo condenó posteriormente— violaba su derecho a un juicio procesalmente justo. A su modo ver, el análisis de la prueba retenida se había proyectado también a la cuestión de su responsabilidad penal. Por esa razón, se quejaba de que la audiencia del tribunal se hubiera celebrado en privado, y estimaba que el Estado debió haber instituido algún mecanismo que permitiera que el material fuera analizado de una forma no perjudicial para la defensa.

Pese a que el planteo del condenado se refería al problema del *disclosure* y se amparaba en la doctrina de *Edwards and Lewis*, el TEDH lo rechazó echando mano de su

⁴³ Exponía que la decisión del juez del *disclosure* solo podía ser aceptable con respecto a la situación procesal existente antes del juicio, pero no después. Argüía que este juez solo estaba en condiciones de afirmar que la prueba retenida no era relevante para la estrategia que la defensa proyectaba en ese momento, pero su decisión no podía excluir de antemano que, con el devenir del proceso, aquella finalmente necesitara contar con la información en cuestión. Agregaba que el juez de los hechos, por su parte, no estaba en condiciones de evaluar satisfactoriamente una situación sobreviniente de ese tipo, por la evidente razón de que no conocía la prueba que el fiscal había quitado de la contienda. El TEDH rechazó el planteo del peticionario, pues consideró que este omitió indicar de forma concreta en qué momento su estrategia de defensa hubiera demandado la divulgación de las pruebas (cf. § 52).

⁴⁴ § 48.

⁴⁵ Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Se trataba allí de un caso en el que el peticionario había sido condenado por pertenecer a la organización criminal IRA. Durante el juicio, la fiscalía propuso la denominada “prueba de opinión”, en virtud de la cual se pedía a una persona calificada que brindara su parecer acerca del hecho que constituía el objeto de la acusación. En ese contexto, el jefe de policía sostuvo que estaba convencido de que el peticionario y un coacusado formaban parte de la organización; al preguntársele por las fuentes que sustentaban esa afirmación, el funcionario manifestó que no podía revelarlas pues ello pondría en riesgo la seguridad nacional y la integridad física de otras personas. El tribunal aceptó la excusa pero obligó al declarante a que le exhibiera las pruebas que pretendía mantener en reserva. El material fue examinado por los jueces, quienes concluyeron en que los archivos y registros allí reunidos no resultaban favorables a la estrategia de la defensa. La prueba, en consecuencia, se mantuvo oculta tanto a la defensa como a la acusación.

jurisprudencia sobre testigos anónimos o ausentes en el juicio.⁴⁶ Solo uno de los jueces tomó nota de este cambio en el objeto de la decisión, y puso de relieve que, en verdad, lo que el condenado pretendía era un pronunciamiento acerca del “doble rol” que el tribunal de juicio había desempeñado en el caso.⁴⁷

Ni el caso *Edwards and Lewis* ni su progenie fueron citados por la SPI. Sin embargo, el criterio establecido allí suscita ciertas dudas en torno a si el procedimiento consagrado en *Lubanga* es suficiente para garantizar un *fair trial*. El interrogante se plantea porque el ECPI concentra en la SPI las funciones que, en el modelo inglés, están repartidas entre el juez y el jurado. Parecería que si, imaginariamente, le hubiera tocado examinar lo ocurrido en *Lubanga*, el TEDH habría exigido algo más que la participación del juez. La objeción es solo conjetural porque la fiscalía finalmente divulgó las pruebas. De todas maneras, es apropiado preguntarse qué habría decidido el tribunal de Estrasburgo si se sometía a su estudio un caso en el que la SPI, antes de condenar al acusado, hubiera revisado la prueba exhibida por la fiscalía y hubiera concluido que era correcto ocultarla a la defensa. En ese recurso ficticio, probablemente el TEDH habría reputado el procedimiento como violatorio del artículo 6 CEDH.

5. Análisis de las cuestiones examinadas por el tribunal

Los avatares del caso *Lubanga* permitieron que la CPI se pronunciara sobre dos cuestiones centrales para la dogmática del *disclosure*.

En primer lugar, la CPI reafirmó su autoridad como único órgano capaz de decidir si una determinada prueba es en verdad potencialmente exculpatória.⁴⁸ La doctrina

⁴⁶ § 76 ss. El caso testigo respecto de esta materia es *Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido* (sentencia del 15 diciembre de 2011). El argumento central en *Donohoe* consistía en que las fuentes anónimas, que el policía había revelado únicamente al tribunal, no habían constituido una prueba decisiva para la condena.

⁴⁷ Cf. el voto concurrente del juez Paul Lemmens. Este magistrado coincidió con sus colegas en que Irlanda no había violado el artículo 6 CEDH, pero centró su decisión en el problema del *disclosure*. Hizo hincapié en que el tribunal era consciente de las dificultades que el procedimiento de *disclosure* acarrearía a la defensa y, por ese motivo, adoptó una serie de precauciones tendientes a contrarrestarlas. Puntualmente, ponderó que el tribunal afirmara que la prueba examinada —y retenida a la defensa— no contribuía a reforzar la hipótesis de la inocencia; además, tuvo en cuenta que los jueces aseguraron que no habían considerado esos elementos para tener por probada la culpabilidad.

⁴⁸ Cf. Christian De Vos, “Someone who comes between one person and another”: *Lubanga*, Local Cooperators and the Right to a Fair Trial, case note”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12 (2011), pp. 229 ss. Este autor destaca que la SPI demostró mayor interés en reivindicar su rol frente a las insinuaciones de la fiscalía que en solucionar el conflicto puntual que perjudicaba a la defensa. Prueba de ello es que, luego de la segunda detención del proceso,

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

advierde aquí un apartamiento del estándar vigente hasta ese momento en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales —particularmente del TPIY—, que dejaban este tipo de disputas libradas al criterio de la fiscalía.⁴⁹

La segunda cuestión que se presentó en el caso es la de si resulta eventualmente factible privar a la defensa del acceso a una prueba exculpativa y, en caso afirmativo, cuáles son los recaudos que deben tomarse para reducir al mínimo la afectación que padece la defensa. En este punto, a diferencia del anterior, la posición de la CPI no es concluyente; basta con tener presente la hendija que ha dejado la SA al postular que, si la Fiscalía recibe información confidencial de descargo, podría mantenerla en reserva si adopta medidas que propendan a restituir el equilibrio.

Por mi parte, adhiero a las objeciones de quienes consideran alarmante que la SA haya eludido fijar una posición contundente sobre el carácter impostergable de los derechos de la defensa en materia probatoria y, en lugar de ello, haya propiciado un esquema de análisis caso a caso, amparándose en lugares comunes acerca de la necesidad de balancear el interés en la seguridad con el del acusado. No es motivo de polémica que las investigaciones penales internacionales se desarrollan en escenarios hostiles, en los que la integridad de los testigos e informantes está severamente amenazada. Pero, dado que la comunidad internacional ha optado por procesar esos conflictos mediante el derecho, en general, y el derecho penal, en particular, esas dificultades no pueden justificar que una persona sea juzgada en un foro en el que se le oculte prueba capaz de sustentar su inocencia. Un juicio de esas características no es más que una farsa, pues ninguna medida alternativa podrá eliminar la perplejidad de quien intuye que la información que se le ha ocultado podría haber cambiado su suerte.⁵⁰

Independientemente del peso de las razones subyacentes —que prohíben al fiscal ocultar la prueba de descargo—, lo cierto es que el punto ya está resuelto en el ECPI. Asignar mayor protagonismo a los acuerdos de confidencialidad, pese al criterio estricto consagrado en el artículo 54.3.e ECPI, no toma debidamente en cuenta que la

el tribunal se rehusó a reanudar el trámite pese a que la fiscalía se mostraba dispuesta a cumplir con lo ordenado y revelar los datos del intermediario 143.

⁴⁹ Alex Whiting, "Lead Evidence and Discovery before the International Criminal Court: the Lubanga Case", *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 221.

⁵⁰ Cf. Swoboda, o. cit., pp. 471 s.

CPI es el primer tribunal internacional que opera con un genuino sistema de reglas procesales.⁵¹

Los Estatutos del TPIY y del TPIR, adoptados por el Consejo de Seguridad, solo incluían algunas disposiciones procesales aisladas; el grueso de la tarea creadora se asignaba a los jueces, a quienes se encomendaba la confección de las reglas de procedimiento y prueba. Esos mismos jueces, inclusive, se reservaban poderes inherentes con los cuales prescindir del derecho escrito cuando era necesario perfeccionar el proceso.⁵²

La CPI, por el contrario, no responde a esa tradición. Su estatuto es un tratado multilateral, en el que cada disposición —por ejemplo, el artículo 54.3.e ECPI— debe considerarse fruto de arduas negociaciones diplomáticas; se trata de un sistema que procura conciliar tradiciones jurídicas diferentes, pero también concepciones disímiles sobre la relación entre el poder penal y los individuos, sobre el alcance de los derechos fundamentales, etcétera. Los Estados signatarios, inclusive, retuvieron la facultad de dictar las RPP; el artículo 51.3 ECPI solo habilita a los jueces a establecer reglas provisionales en casos de urgencia, cuya vigencia queda *ad referendum* de la decisión de la Asamblea de Estados parte.

La diferencia que pretendo destacar aquí puede ilustrarse con los modelos de decisión que desarrolla Schauer en su conocido trabajo sobre la filosofía de las reglas.⁵³ Según este autor, las reglas —descriptivas o prescriptivas— constituyen generalizaciones que concretan justificaciones subyacentes. La autonomía semántica del lenguaje hace que esas concreciones no se superpongan por completo a la justificación que les dio origen, y ofrezcan así resultados insatisfactorios. El ejemplo tradicional es el de la regla que prohíbe ingresar con perros a una taberna. Si la justificación subyacente es no perturbar al resto de los clientes, la prohibición puede resultar, según el caso, demasiado amplia o demasiado estrecha. ¿Cómo proceder frente a estas circunstancias, que Schauer denomina “experiencias recalcitrantes”?

⁵¹ Sigo aquí a Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmschurst, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 427 s.

⁵² Al respecto, un sector de la literatura consideraba perjudicial a la posición del acusado que, al igual que en Núremberg, el TPIY no contara con normas generales preexistentes de carácter procesal, y que “los mismos jueces devinieran fuente normativa, limitando así los derechos de defensa y creando una situación de incertidumbre difundida del derecho penal” (Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*, Buenos Aires: Edhasa, 2007, p. 171).

⁵³ Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1991.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

Una alternativa es que quien aplica la regla se comporte del mismo modo que quien dialoga con otra persona. La conversación es una práctica en la que las generalizaciones son ineludibles; la necesidad de precisar y aclarar va de la mano del contexto: los interlocutores dan por supuesto el empleo de enunciados que sugieren más de lo que en realidad pretenden expresar, o que omiten circunstancias relevantes. La situación no es dramática porque siempre es posible refinar las ideas y corregir los efectos colaterales que aparezcan como disfuncionales.⁵⁴ Lo mismo podría predicarse de las generalizaciones que se plasman en reglas: la existencia de una generalización previa no sería, como tal, un obstáculo para aquello que deberíamos hacer ahora, del mismo modo que, en una conversación, una generalización previa no es un obstáculo para aquello que pretendemos decir ahora.⁵⁵

La contracara de esto es un modelo en el que las reglas se resisten o, como dice Schauer, se “atrincheran” frente a las presiones de la justificación subyacente. Aquí, por el contrario, las generalizaciones continúan gobernando la decisión, aun ante la irrupción de una experiencia recalcitrante; el intérprete ya no dispone de la posibilidad de refinar o corregir la generalización previa. De cara a su justificación subyacente, la regla siempre es relativamente tosca, porque individualiza una prescripción ocultando aspectos que luego se muestran como relevantes. Lo característico es que el sujeto que debe decidir no trata las generalizaciones como meras indicaciones; ellas le proveen razones que son independientes de aquellas provistas por la justificación subyacente tenida en cuenta para elaborar la regla.⁵⁶

El fenómeno del atrincheramiento de las reglas ayuda a precisar la magnitud del conflicto entre el deber de divulgar la prueba exculpatoria y el de honrar promesas de confidencialidad. El ECPI ha cristalizado, ha registrado una secuencia de justificaciones convergentes, que sugerían soluciones disímiles. Con las reglas ocurre algo similar a lo que sucede con las fotografías: no siempre hacen honor a quienes han sido retratados. La redacción del artículo 54.3.e ECPI asigna un protagonismo acotado a la confidencialidad. Es evidente que los Estados parte consideraron riesgoso que la fiscalía investigara

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 38 ss. Más adelante, Schauer aclara todavía más este concepto, cuando indica que, en el modelo de la conversación, las generalizaciones pasadas son una suerte de taquigrafía útil y necesaria, pues suministran una forma de organizar las complejidades de la existencia, teniendo en cuenta los límites temporales y espaciales de la mente (p. 43).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 51 s.

los hechos de esa manera, pues un proceso en el que el acusador no exhibe lo que tiene se aleja demasiado de los estándares de justicia procesal vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

Así las cosas, no hay margen para corregir sobre la marcha esa generalización, aun cuando existan buenas razones para hacerlo. Pese a ello, parte de la doctrina insiste en reivindicar el valor que tiene mantener la reserva en este tipo de investigaciones. Whiting, por ejemplo, señala incluso que la confidencialidad constituye una necesidad todavía más acuciante en la CPI que en los tribunales *ad hoc*. Argumenta que el carácter permanente de aquella permite su intervención rápida en conflictos que aún permanecen abiertos. Apunta también que los informantes (Estados, ONG, etcétera) solo se mostrarán dispuestos a cooperar en un contexto de confidencialidad. Añade que, si el informante es un Estado, la publicidad es perjudicial porque reduce su margen de actuación en el plano diplomático; si se trata de una ONG, en cambio, la divulgación pone en riesgo a los funcionarios que operan en el lugar de los hechos.⁵⁷ Concluye por tanto que la prueba mediata confidencial será en definitiva “crítica” para el éxito de la CPI.⁵⁸

Abogar en favor de una “maximización” de este recurso puede resultar problemático, pues equivale a proceder según el esquema de la conversación que, como he sugerido, no es el modelo acorde a un sistema de decisión conforme a reglas preestablecidas. Es cierto que la noción de *lead evidence* es un tanto inasible. El fiscal podría replicar que, aun ciñéndose a la interpretación de la CPI, se topará de todas maneras con elementos de descargo, cuya divulgación es obligatoria de acuerdo al artículo 67.2 ECPI. A mi juicio, el deber de revelar la prueba prevalece también en esos casos: si tenemos en cuenta que el *disclosure* abarca no solo la prueba actualmente exculpatoria, sino también la que tiene ese carácter de forma potencial, no veo cómo podría pretenderse retener información con el argumento de que se trata de *lead evidence*. De tal manera, una interpretación armónica de los artículos 54.3.e y 67.2 ECPI sugiere que la fiscalía solo puede comprometerse a ocultar la prueba mediata de naturaleza incriminatoria; en cualquier

⁵⁷ Whiting, o. cit., pp. 226 ss. Su análisis tuvo especialmente en cuenta la situación de Sudán; allí, la fiscalía prácticamente no tuvo acceso al país y debió confiar en testigos situados en otros lugares. La argumentación también resultó premonitoria de lo que ocurriría luego en Kenia, donde tanto el presidente de la República como el presidente de la Cámara de Representantes —ambos en ejercicio— enfrentan cargos por crímenes contra la humanidad.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 230.

otro supuesto —prueba actual o potencialmente exculpatória— debe comunicarla a la defensa con la antelación suficiente para que esta pueda ajustar su estrategia.⁵⁹

6. El ECPI como sistema gerencial. ¿Sincretismo deficitario de tradiciones jurídicas?

El recurso a la comparación entre modelos procesales no tiene por cometido encasillar al ECPI en una u otra tradición jurídica: esa comprobación reporta, a lo sumo, un valor pedagógico. De cómo es el proceso en cada una de estas tradiciones no se sigue aún cómo debe ser el proceso en el derecho penal internacional. Es evidente que la justicia penal internacional presenta rasgos propios que justifican reglas particulares, distintas de las que rigen en los derechos nacionales; pero también resulta indudable que los elementos que se han combinado al diseñar el sistema no surgieron *ex nihilo*, sino que provienen directamente de esos sistemas de los que el proceso penal internacional procura diferenciarse.⁶⁰

⁵⁹ Para una interpretación parcialmente análoga, cf. Kai Ambos, "Confidential Investigations [article 54 (3) (e) ICC Statute] vs. Disclosure Obligations: the Lubanga Case and National Law", *New Criminal Law Review*, vol. 12 (2009), pp. 566 s. Este autor adhiere a lo resuelto en *Lubanga*; al mismo tiempo, empero, elude una solución tajante y considera que tanto la cuestión de si determinada información puede divulgarse como la de si determinada prueba es relevante para la defensa deben dilucidarse caso a caso ("*Ultimately, the question of whether certain information may be disclosed at all and whether certain evidence is relevant for the defense can only be solved on a case-by-case basis*"). Por mi parte, entiendo que eso es acertado solo respecto de la segunda cuestión (¿es potencialmente exculpatória la prueba?); aquí, efectivamente, la decisión del tribunal no puede anticiparse pues dependerá de una comparación entre el contenido de la prueba y el "caso" que propone la defensa. En cambio, la primera cuestión (¿hay que divulgar la prueba potencialmente exculpatória?) ya está definida por el artículo 67.2 ECPI. Razones de interés público, a lo sumo, podrían justificar que se omitan algunos detalles comprometedores o se supriman aspectos sobreabundantes. Pero, a mi criterio, no es conciliable con el ECPI un escenario en el cual la fiscalía y el tribunal ocultan por completo un determinado elemento de prueba potencialmente exculpatório.

⁶⁰ Esto es reconocido incluso por quienes relativizan el valor metodológico de la comparación *common-law/civil-law* para explicar las características determinantes de la justicia penal internacional. Desde esta perspectiva, Mégret ha admitido que la puja entre sistemas constituye uno de los motores en el desarrollo del proceso internacional (cf. Mégret, o. cit., p. 43). Este autor, empero, parece contradecirse más adelante, cuando apunta que la susceptibilidad del proceso penal internacional respecto de las tradiciones jurídicas obedece a que el derecho internacional carece mayormente de una tradición propia que lo identifique. Explica así que ese desapego, fundado en el hecho de que la justicia penal internacional no tiene una predilección canónica por ningún sistema, convierte la explicación comparativa en una actividad más bien prescindente (p. 48). Aunque el análisis del proceso penal internacional supone en efecto mucho más que la comparación entre los sistemas, creo que sigue siendo útil recurrir a ellos para evaluar la coherencia interna del proceso internacional.

La tarea del comparatista, entonces, consiste en confrontar el nuevo producto con los ordenamientos tradicionales, para determinar si aquel ofrece soluciones coherentes y previsibles.⁶¹ A los fines de este trabajo, como ya he adelantado al comienzo, interesa dilucidar si el sistema incorpora suficientes reaseguros para garantizar a la defensa un mínimo equilibrio entre sus facultades y las de la acusación.

Existe coincidencia en la literatura respecto de que el ECPI mantiene una estructura predominantemente adversarial, presente ya en los demás tribunales penales internacionales. Esto es así en razón de que el proceso penal internacional se desarrolla a partir del llamado *two cases approach*, según el cual la búsqueda de la verdad (procesal) se encomienda a las partes, que deben someter sus hipótesis explicativas del hecho al examen de un tercero neutral.⁶² No obstante, también hay acuerdo en que el ECPI es menos adversarial que el estatuto de los tribunales ad hoc, pues la fiscalía está obligada a investigar incluso a favor del acusado, y se asemeja así a la “autoridad más objetiva del mundo”, según se la concibe en el derecho alemán.⁶³

Los procesos penales internacionales, entonces, sujetan el progreso de la investigación a la actividad autónoma de la acusación y la defensa; mas allá de algunas facultades residuales reconocidas al tribunal, la responsabilidad por el esclarecimiento de los hechos descansa en la fiscalía. No contemplan ningún tipo de investigación judicial, ni tampoco la confección de un expediente oficial, en el que se documenten las diligencias realizadas antes del juicio. Pese a esta clara orientación hacia el modelo adversarial, empero, la regulación procesal presenta una característica curiosa de signo contrario: la ausencia de reglas detalladas en materia de admisibilidad de la prueba.⁶⁴

Cierta doctrina postula que esos —y otros— rasgos dan lugar a un tribunal especial, que es más que una mera fusión inconexa de dos sistemas antagónicos. Me refiero

⁶¹ Cf. Michele Caianiello, “Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?”, *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), pp. 385 ss.

⁶² Cf. Kai Ambos, “International criminal procedure: ‘adversarial’, ‘inquisitorial’ or mixed?”, *International Criminal Law Review*, vol. 3 (2003), p. 4. El autor argumenta que la aproximación a la verdad es el único rasgo que permite mantener una distinción tangible entre los sistemas vigentes en el *common-law* y el *civil-law*.

⁶³ Cf. Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht*, Berlín: Springer, 2011, pp. 287 ss.

⁶⁴ Sigo aquí a John Jackson, “Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards beyond National Boundaries”, en JACKSON, LANGER y TILLERS (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 221 ss. (en especial, pp. 236 ss.).

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

a la figura del “tribunal gerencial”.⁶⁵ En el sistema gerencial, la responsabilidad principal de los jueces —técnicos— es que las partes “retrasen lo menos posible el proceso y el flujo de casos en el sistema penal”. El tribunal organiza y dispone de los recursos a la manera del administrador de una empresa. La aceleración del proceso constituye un objetivo de la labor jurisdiccional, quizás más importante que el de esclarecer los hechos o poner fin a la controversia existente.⁶⁶

Así, por ejemplo, se explica que, pese a que el modelo gerencial presenta como nota distintiva una mayor intervención del tribunal, esto no lo superpone con el modelo inquisitivo, pues esa injerencia no se concreta con el fin de investigar la verdad, sino con el de optimizar el trabajo de las partes y lograr un pronto desenlace.⁶⁷ Al mismo tiempo, merece destacarse el rol de colaboración que las partes desempeñan respecto de los jueces; esa asistencia, se advierte, puede incluso resultar “involuntaria”.

En lo aquí interesa, el modelo gerencial propicia la existencia de un único tribunal —prescinde de los tribunales “bifurcados” del derecho anglosajón— compuesto por jueces profesionales, responsable de preparar el juicio y decidir sobre la cuestión de fondo. Esa configuración, se postula, justificaría eludir las complejas reglas de admisibilidad de prueba presentes en modelo acusatorio.⁶⁸

Otra cualidad decisiva es la relativa al modo en que se registran las diligencias procesales: el sistema de tribunal gerencial rechaza la documentación de todo acto realizado “ya que esto tomaría un tiempo considerable”; paralelamente, una vez en el juicio, el sistema no impide la introducción por lectura de testimonios y pericias recopilados por las partes, “para así evitar que la declaraciones de testigos y peritos tomen demasiado tiempo”.⁶⁹

Esta presentación de los tribunales penales internacionales resulta oportuna para entender dos cuestiones recurrentes en el caso *Lubanga*: a) la admisibilidad de la prueba testimonial obtenida por la fiscalía antes de la audiencia, y b) la obligación del fiscal de divulgar la prueba antes del juicio.

⁶⁵ Máximo Langer, “El sistema del tribunal gerencial en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en BAIGÚN (comp.), *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 671 ss. El autor se refiere en verdad al ETPIY, pero sus consideraciones también son pertinentes para explicar el ECPI, teniendo en cuenta que aquel, fruto de la labor creadora del tribunal, ha relativizado sensiblemente su naturaleza acusatoria.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 688 s.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 686.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 687.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 688.

a. Con relación al problema de la admisibilidad de la prueba testimonial no confrontada previamente por la defensa, se advierte que el sistema ha dejado grietas por las que puede filtrarse la discrecionalidad del juez.⁷⁰ No hay dificultades para comprobar que, en este punto, la regulación abandona su perfil acusatorio y se aproxima a la libertad probatoria que domina en los sistemas del *civil-law*.

Como ya he insinuado, la alquimia procesal no es una empresa reprochable *per se*, en la medida en que no incrementa el riesgo de arribar a resultados erróneos o el desequilibrio ya existente entre la posición del acusador y la del acusado. Por mi parte, considero correcta la posición que sugiere que, en este punto, el modelo vigente es deficitario tanto desde la perspectiva de la justicia sustancial como desde la de la justicia procesal.

Sustancialmente, es inconsistente porque el tándem mencionado (*investigación ex parte/admisibilidad laxa*) abre la puerta a elementos de prueba de mala calidad, cuyas deficiencias el tribunal no está en condiciones de neutralizar; esta objeción no se diluye con el argumento —habitual en los sistemas del *civil-law*— de que los jueces profesionales están en óptimas condiciones de separar la paja del trigo. El control estricto de admisibilidad imperante en el sistema angloamericano se explica por la menor formalidad con que las partes llevan adelante sus investigaciones. Si bien el fiscal es un funcionario que debe conducirse con lealtad y probidad, su *dossier* de antecedentes no tiene una fiabilidad comparable a la de un expediente judicial en el derecho continental. Por eso es por regla ineludible que él reproduzca todas sus probanzas en vivo ante la mirada del tribunal (técnico o lego).

Esas dificultades, tangibles en cualquier ordenamiento nacional tributario del *common-law*, se intensifican todavía más en el contexto del proceso penal internacional. Primero: en las investigaciones que tienen lugar tras la finalización de un conflicto armado, muchos de los testigos integraban el bando que resultó vencedor y, por ese motivo, tienen un interés en el desenlace del proceso; eso hace que la necesidad de confrontar sus dichos resulte prioritaria. Segundo: la fiscalía debe lidiar con el hecho de que las tribus

⁷⁰ Las normas que dan lugar a esa discrecionalidad del tribunal son los incisos 4 y 7 del artículo 69 ECPI. El primero establece: “[...] la Corte podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”. El inciso 7, por su parte, dispone: “[...] no serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

o pueblos enfrentados se comunican en diferentes lenguas; esa circunstancia acrecienta el riesgo de error y aconseja no eludir la declaración tradicional ante el tribunal y la defensa. Tercero: los operadores del sistema tienen menos herramientas para detectar y neutralizar un falso testimonio, en un proceso que, por razones geográficas y culturales, se muestra proclive a la fabulación y la exageración.⁷¹

Procesalmente, el sincretismo generado por la fusión de una estructura adversarial y un control laxo de admisibilidad de la prueba diluye las chances del acusado de hacer frente al *ius perseguendi*: la solución del ECPI consolida y aumenta la desigualdad existente entre la fiscalía y la defensa. Teniendo en cuenta que aquella dispone de un poder de investigación muy superior al de esta, la posibilidad de incorporar un registro escrito de declaraciones testimoniales pone al imputado en una situación aún más desventajosa. En lugar de propender al equilibrio, las reglas procesales operan en sentido inverso.⁷²

b. El criterio de la mala articulación de modelos procesales también sirve para examinar la regulación conferida al *disclosure*. El problema radica ahora en la dudosa combinación de una regulación detallada sobre divulgación de la prueba con un sistema de sanciones librado completamente al arbitrio del tribunal.⁷³

En el ordenamiento procesal de la CPI, como ya apunté, no existe un expediente oficial en el que se documenten las pruebas recolectadas por el fiscal y la defensa. Las partes, a su vez, disponen en los hechos de una potestad amplia para escoger qué pruebas

⁷¹ Sigo aquí a Jackson, o. cit., p. 240.

⁷² Michele Caianiello, "First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials. A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), pp. 401 s. El autor reconoce que no es realista ni conveniente pregonar una prohibición absoluta de las declaraciones obtenidas unilateralmente antes del juicio por el fiscal, pues tal posición no tomaría debidamente en cuenta la particular situación en la que se encuentran los tribunales en el proceso penal internacional. De todas formas, propone una solución ecléctica que a mi juicio resguarda satisfactoriamente los intereses del imputado: la diferenciación entre cuestiones relativas al imputado y rasgos del contexto en el que ocurrieron los hechos. Mientras que para las primeras no se admite en ninguna circunstancia la prueba no confrontada por la defensa, para las segundas se adopta un criterio más flexible. Solo en este último supuesto, los jueces pueden valerse de estas pruebas ya producidas, a menos que la defensa logre demostrar que ellas son de todas formas cruciales para su estrategia (p. 407). Para Caianiello, si no se adopta un criterio de esta índole, "la CPI corre el riesgo de desarrollarse en dirección al peor escenario hipotético: la creación de un sistema con una estructura general acusatoria, aunque con disposiciones específicas inquisitivas en pasajes cruciales del procedimiento". En su opinión, que comparto, en un escenario semejante, "el acusado estaría sistemáticamente desventajado en la práctica, dada la superioridad estructural de medios del fiscal, que estaría en condiciones de producir como prueba cualquier declaración o ítem reunido durante las investigaciones (p. 409).

⁷³ Caianiello, "Disclosure...", o. cit., pp. 38 ss. El autor se nutre de la diferencia de modelos procesales propuesta por Damaška: el de burocracia coordinativa, orientado a la resolución de conflictos, y el de burocracia jerárquica, orientado a la implementación de políticas públicas.

revelar, tanto al tribunal como a la contraparte. Por consiguiente, las disposiciones que obligan al fiscal a mostrar todas sus cartas —ganadoras y perdedoras— deberían prever una reacción vehemente e inequívoca frente a su conducta desleal.

Caianiello, en una opinión que comparto, advierte que ni el ECPI ni las RPP prevén sanciones taxativas a los incumplimientos de la fiscalía. La exclusión de la prueba no divulgada oportunamente o la caducidad de la acusación —por no divulgar la prueba exculpatoria— no son respuestas dirigidas al infractor. Son más bien instrumentos provistos a los jueces para “administrar” o “gerenciar” el conflicto, es decir, para resguardar la continuidad del trámite. El mecanismo de la corrección procesal no procura restablecer el equilibrio que se ha afectado con la inconducta de la acusación, sino llevar el caso a buen puerto.

La consecuencia más evidente de esta concepción es que se consagra una situación de desprotección sistemática en perjuicio de la defensa, que se encuentra a merced de lo que decida la fiscalía respecto de la divulgación de la prueba relevante.⁷⁴ Frente a las inconductas del fiscal, la respuesta subsiguiente depende del buen tino de los jueces, que considerarán el incumplimiento solo como una pauta más al momento de solucionar el conflicto, pues su cometido primordial no es restituir la vigencia de la justicia procesal, sino administrar eficazmente el proceso.⁷⁵

⁷⁴ Esto en el marco de un proceso en el que su capacidad de reunir prueba es más bien modesta. La experiencia ha demostrado que los Estados parte y las organizaciones internacionales no tienden a auxiliar a la defensa en esa tarea. La investigación queda en los hechos circunscripta a la labor de la fiscalía, que en el Estatuto de Roma debe también ocuparse de agotar los caminos que conduzcan a la absolución del acusado. Tanto en el TPIY como en el TPIR, la fiscalía solo está obligada a revelar a la defensa la prueba de descargo que se le presente accidentalmente, pero no a profundizar las líneas investigativas que sugieran la inocencia. Aquí, como ya adelanté, se pone de manifiesto otro elemento propio de los sistemas inquisitivos asociados al *civil-law*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 40. De todas formas, sería erróneo suponer que el *disclosure* no es también problemático en los sistemas adversariales más puros. Si tomamos al derecho inglés como caso testigo, advertiremos que tampoco existe allí un sistema de sanciones terminante y predecible para hacer frente al incumplimiento estatal de los deberes de divulgación probatoria. Pese a que existe acuerdo en que este tipo de irregularidades procesales debería conducir al fracaso de la acusación y a la finalización del caso por abuso del proceso, la jurisprudencia rehúye las posiciones terminantes y tiende a disculpar al fiscal cuando ha actuado de buena fe (cf. Chris Taylor, “The disclosure sanctions review: another missed opportunity?”, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 17 (2013), pp. 272 ss. [en especial, p. 277]). La doctrina actual, inclusive, advierte que la tendencia legislativa y jurisprudencial consiste en reforzar la respuesta frente a los incumplimientos del *disclosure* por parte de la defensa, y tolerar las irregularidades cometidas por la fiscalía. A tal punto esto es así que, para sorpresa de quien se aproxima al *common-law* desde el derecho continental, el sistema habilita al jurado a adoptar una presunción o inferencia en contra del acusado que omite revelar las defensas —de hecho y de derecho— y las pruebas que esgrimirá en el juicio (cf. Andrew Ashworth, *The Criminal Process*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 242 ss.).

7. Sobre el valor de la integridad procesal

Independientemente de las cuestiones que he destacado, el caso *Lubanga* nos invita a emprender una reflexión más profunda, que trasciende al problema del *disclosure*. Me refiero a la discusión en torno al valor que corresponde asignar a la integridad del proceso en el sistema de justicia penal internacional. Es evidente que la SPI demostró un compromiso férreo con la justicia procesal: ni la necesidad de revertir la baja productividad de la CPI, ni el imperativo por juzgar y castigar los crímenes atribuidos a Lubanga fueron suficientes para que los jueces convalidaran un proceso de inferior calidad.

7.1. La tesis de la adaptación

En un artículo reciente,⁷⁶ Mirjan Damaška se pregunta si la justicia penal internacional debería ser evaluada según los mismos estándares aplicables en el derecho interno.

Una alternativa, explica, consistiría en bregar por una evolución constante del proceso penal internacional, que le permita alcanzar niveles de excelencia y lo convierta incluso en un modelo para los ordenamientos locales. Según otro criterio, al que adscribe el autor, una aspiración de ese tipo resulta poco realista y puede generar el efecto contrario al buscado (minar la legitimidad de los tribunales internacionales). El derecho procesal penal internacional, en su opinión, debe desarrollar estándares más modestos, que tomen debidamente en cuenta “la situación peculiar de estos tribunales y la circunstancias peculiares en que ellos operan”.⁷⁷

Esta mirada sugiere que la justicia penal local y la justicia penal internacional se desenvuelven en escenarios disímiles, incluso antagónicos.

En el orden local, en su opinión, el poder penal es sumamente potente: dispone de un aparato estatal provisto de innumerables herramientas para interferir en las libertades individuales. Sin embargo, la realidad es que la voracidad punitiva —Damaška la denomina *libido puniendi*— ha decrecido considerablemente en los últimos tiempos. Por un lado, los desenlaces consensuados y las alternativas a la pena han reducido la incidencia de la persecución penal en la vida cotidiana; por el otro, el principio de justicia procesal

⁷⁶ Mirjan Damaška, “Reflections on Fairness in International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), pp. 611 ss.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 612.

—entendido como el camino a través del cual se ha de arribar al resultado punitivo— ha adquirido una importancia sobresaliente, suficiente incluso para relativizar la necesidad de esclarecer hechos punibles y aplicar las penas pertinentes.

La justicia penal internacional experimenta más bien lo contrario. El aparato punitivo que la motoriza es frágil; el éxito de las investigaciones depende habitualmente de la solicitud de actores extraños (gobiernos, funcionarios de la ONU, ONG, etcétera). Como contrapartida, la *libido puniendi* es verdaderamente intensa, pues el objetivo último es erradicar la impunidad de los crímenes internacionales. Cualquier solución alternativa al castigo de los responsables parece no tener cabida.

La justicia penal internacional se encuentra entonces en una situación paradójica: sus aspiraciones son mayores que las del derecho penal nacional, pero su poder es considerablemente menor. Este es un dato que no debe perderse de vista cuando se reflexiona sobre los estándares de justicia procesal.

La “adaptación” que Damaška propone, aparentemente forzada por la naturaleza de las cosas, supone dos alternativas distintas, que el autor trata de manera conjunta.⁷⁸

En primer lugar, sugiere interpretar el alcance de los derechos fundamentales de una forma compatible con los fines que el sistema procura alcanzar. Esos derechos, redactados en términos amplios, son objeto de un procedimiento constante de concreción y refinamiento; en esa labor dogmática, se dice, no sería correcto extender de manera automática al derecho penal internacional las interpretaciones aceptadas en el derecho internacional de los derechos humanos.

Por ejemplo: el derecho de defensa puede o no incluir un derecho de autodefensa. Esta posibilidad, que habitualmente es admitida en los ordenamientos procesales nacionales, no debería propiciarse en el proceso penal internacional, pues podría suministrar a los imputados una poderosa herramienta propagandística para alegar en favor de sus crímenes aberrantes.⁷⁹

En segundo lugar, propone adoptar una posición más flexible en materia de admisibilidad de la prueba ilícita, al menos en aquellos casos en los que su credibilidad no ha sido puesta en duda. Se ampara en la situación acuciante que experimentan quienes deben investigar este tipo de crímenes, y en la reacción esperable por parte de las

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 616 ss.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 617. Similar laxitud propone para interpretar el derecho a un juicio en un plazo razonable y —aunque con menor convicción— para el derecho a confrontar a los testigos de cargo.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

víctimas, quienes sentirán perplejidad si el acusado es absuelto en razón de una deficiencia técnica.⁸⁰

La posición que he reseñado sirve de fundamento a quienes sostienen que, en el caso *Lubanga*, la CPI adoptó un enfoque exageradamente “absolutista”. Turner, por ejemplo, reprocha falta de moderación a la SPI; sostiene que, al clausurar el proceso, omitió balancear el interés de la justicia procesal con otros intereses igualmente legítimos (el de las víctimas, el de la República Democrática del Congo, el de la comunidad internacional, etcétera).⁸¹ Considera que, si los jueces hubieran ponderado estos intereses en conflicto, habrían considerado remedios alternativos más convenientes.⁸²

Esta autora, al igual que Damaška, alega que la necesidad de acomodar fines convergentes es más apremiante en este ámbito que en el proceso penal nacional. La gravedad extrema de los crímenes, así como su amplio alcance y su carácter sistemático, incrementan las demandas de retribución y prevención. Esto suscita un interés público mayor en la persecución y el juicio, que desaconseja la adopción de remedios procesales que conduzcan a la extinción del proceso.⁸³

7.2. La visión no instrumental del proceso penal internacional

El enfoque de la justicia procesal que hemos atribuido a Damaška lleva sobre sus espaldas una concepción precisa sobre el derecho procesal penal: la de su carácter instrumental. Me refiero a la idea que postula que la configuración y el funcionamiento del proceso dependen por completo de los fines reconocidos a la justicia penal.

La naturaleza instrumental del proceso, que carece de detractores en los ordenamientos nacionales, resulta problemática en el derecho penal internacional. Es cierto que la proposición según la cual la forma debe estar al servicio de la sustancia es intuitivamente fuerte: no se puede hacer un proceso sin antes reflexionar para qué lo hacemos. En este sentido, como hemos visto, la elección del sistema de justicia penal internacional ha sido clara. Según se consigna en el preámbulo del ECPI, la Corte debe su creación al

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 618.

⁸¹ Jenia Iontcheva Turner, “Policing International Prosecutors”, *International Law and Politics*, vol. 45 (2012), pp. 175 ss.

⁸² *Ibíd.*, p. 191. Entre otros, sugiere los siguientes: a) la prohibición de valorar elementos que la prueba no divulgada relativizaba o contradecía; b) la imposición de una suspensión condicional del proceso; c) la aplicación de una multa a la fiscalía hasta tanto esta revelara la prueba, etcétera.

⁸³ *Ibíd.*, pp. 208 s.

interés explícito de la comunidad internacional en erradicar la impunidad de los crímenes internacionales. Se trata ni más ni menos que de la *Grundnorm* del derecho penal internacional.⁸⁴

Por supuesto que no es esta la única finalidad que persigue el sistema. El juzgamiento también procura otras cosas: ofrecer a las víctimas un foro que les permita difundir su martirio y recuperar así la dignidad ultrajada; legar a las generaciones venideras una reconstrucción fidedigna de lo ocurrido; disuadir a futuros dictadores que se propongan cometer esos crímenes aberrantes; restablecer y afianzar la paz entre los pueblos, etcétera.⁸⁵ Todas estas finalidades repercuten en las interpretaciones y valoraciones de los operadores del sistema, que priorizan una u otra de manera contingente, muchas veces sin un patrón previsible y explicable. Pero lo cierto es que la comprensión del proceso penal, invariablemente, está aferrada a ese razonamiento teleológico.

Sin embargo, esa visión tradicional del derecho procesal penal experimenta en la actualidad un retroceso ostensible. Reconocidos autores han puesto de manifiesto que la naturaleza instrumental del proceso no logra aprehender rasgos característicos de la justicia penal internacional; consideran que, en función de esos rasgos, el juicio cuenta con un valor intrínseco, inclusive superior al que se le asigna como herramienta para la consecución de otros fines.

Los crímenes internacionales, se dice con acierto, tienen lugar en un contexto particular, que Ohlin ha rotulado como de “supresión de la juridicidad”. Los autores no solo cometen hechos aberrantes, de una crueldad que a menudo supera la imaginación; actúan en un lugar y en un momento en el que tanto ellos como sus víctimas saben que no hay derecho. Esta circunstancia, que no forma parte del contexto de otros crímenes

⁸⁴ Cf. Jens David Ohlin, “A Meta-Theory of International Criminal Procedure: Vindicating the Rule of Law”, *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 77 ss. De acuerdo con este autor, “the general underlying principle behind international criminal law is that criminals who perform dastardly acts must be punished, and that some basic Grundnorm (e.g. anti-impunity) explains why the international system must step into a field-penal law-once exclusively the domain of domestic systems” (p. 82).

⁸⁵ Sobre la falta de idoneidad del juicio para cumplir cada uno de estos fines, cf. el extraordinario trabajo de Martti Koskeniemi, “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6 (2002), pp. 1 ss. En particular, el autor pone en duda que el sistema de justicia internacional pueda proveer una verdad histórica completa sobre los hechos que se juzgan. Argumenta que en este tipo de juicios lo verdaderamente controversial no es el hecho concreto que se atribuye al acusado, sino el contexto en el que ese hecho tuvo lugar. El promotor del juicio solo puede concretar su empresa si adopta un marco de interpretación que los imputados bajo ningún concepto habrán de consentir. De ese modo, se produce una situación perturbadora: lo único que el acusado tiene interés en rebatir está desde el comienzo excluido de la discusión. Se trata del fenómeno del *différend*, es decir, una situación en la cual aceptar el método de resolución del conflicto equivale a hacer propia la posición del adversario (pp. 10 ss.).

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

gravísimos cometidos en un Estado de derecho, produce efectos perturbadores en todas las personas involucradas. Para las víctimas, la situación de desamparo genera una angustia adicional a la del delito: la convicción de que no existe nadie a quien recurrir hace nacer el temor fundado de que las vejaciones se repetirán tantas veces como desee el autor. Para este, la ruina del derecho elimina cualquier inhibición y libera las pulsiones más primitivas y oscuras de la condición humana.⁸⁶

La aclaración que hemos presentado aquí no puede celebrarse como novedosa; de todas formas, sí es revelador establecer cuál es la incidencia que ella debe tener en nuestra aproximación al proceso penal internacional.

Pues bien, en la misma línea que Ohlin, entiendo que el proceso penal internacional consiste antes que nada en una vindicación del derecho. Lo que define su carácter no instrumental es que el restablecimiento del derecho no opera hacia el futuro, sino de manera retroactiva. El juzgamiento no persigue el restablecimiento efectivo del Estado de derecho a través del castigo penal; no se hace *para* lograr que la región involucrada incorpore o reincorpore instituciones republicanas y democráticas. La comunidad internacional, simplemente, se presenta allí donde sea necesario desagrar el derecho y hacer saber al mundo que la anarquía no prevalece. Si esta intuición es correcta, deberíamos postular una justificación deontológica de la justicia penal: hacemos procesos penales simplemente porque es lo correcto.⁸⁷

7.3. El “expresivismo” procesal

Esta peculiaridad de los crímenes internacionales nos permite justificar el proceso penal apelando a argumentos habitualmente empleados para reivindicar la pena.

Las teorías expresivas sostienen que el castigo penal es una forma idónea para transmitir mensajes al individuo castigado, al resto de la sociedad o a ambos a la vez. Según una formulación corriente, la pena es un dispositivo válido para expresar indignación, resentimiento o reprobación. La cuestión puede examinarse desde dos planos: por un lado, el plano analítico, que evalúa si el castigo efectivamente desempeña ese papel de

⁸⁶ Ohlin, o. cit., pp. 100 ss.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 103 ss. Destaco otro pasaje del autor que considero ilustrativo: “*Subjecting lawlessness to criminal procedure—whether national or international—is inherently worthwhile. Or, expressed differently, international criminal procedure has a deontological moral worth and cannot be reduced to consequentialist arguments about the increases in social utility created by the criminal trial. Subjecting conduct to the Rule of Law is a Kantian end in and of itself*” (p. 105).

transmisión;⁸⁸ por el otro, el plano moral, que demanda argumentar por qué es valioso que la pena opere de esa manera.

Primoratz, por ejemplo, propone una versión “intrínseca” del expresivismo, que desconecta al castigo de todo tipo de especulación preventiva o consecuencialista.⁸⁹ Si la condenación moral que expresa la pena produce efectos extrínsecos, esto es, si influye en el comportamiento futuro de las personas, tanto mejor; pero esto no es un presupuesto ni un elemento constitutivo, al menos en el marco de esta teoría expresiva. Su fundamentación no es prospectiva sino retrospectiva (*backward-looking*). La condena vehemente del crimen combatido reivindica el derecho que ha sido transgredido; además, reafirma el derecho subjetivo que el autor ha violado y demuestra que el mal cometido constituye efectivamente un crimen. Esta reivindicación no es un fin externo a la pena —como sucede en cambio con la prevención del crimen—; la confirmación de la vigencia del derecho *es* propiamente la pena.⁹⁰

El autor se adelanta a posibles objeciones que podría suscitar su postura. De todas ellas, hay una que tiene gran importancia para lo que pretendo sostener en este trabajo. Primoratz se pregunta más o menos lo siguiente: si la condenación lleva consigo la idea de reprobación y, paralelamente, la reafirmación del derecho violado, ¿por qué no basta con una declaración en ese sentido? ¿Por qué la reprobación tiene que ser necesariamente punitiva?

Desde su perspectiva, una respuesta declarativa pero no punitiva carece de suficiente carga expresiva. No es contundente ni para el penado ni para el público en general, incluida la víctima. El criminal ya ha demostrado su desprecio por las palabras (de la ley); de otra forma no habría cometido el delito. La única forma de llegar a él es interferir en sus intereses. Para la víctima y el resto de la comunidad, la desaprobación meramente verbal resulta indiferente y desproporcionada, teniendo en cuenta el nivel de injerencia que el hecho ha significado para aquella y el que el autor experimenta con la declaración condenatoria. Según Primoratz, en definitiva, esa solución es inaceptable porque diluye

⁸⁸ Cf. Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, en Feinberg, *Doing and Deserving*, Princeton: Princeton University Press, 1970, pp. 95 ss. Dentro de este plano, suele discutirse si la reprobación social ínsita en el carácter aflictivo de la pena es de tipo convencional o natural. Lo primero equivale a equiparar ese padecimiento con otros símbolos inequívocos que se presentan en nuestra vida cotidiana. Por ejemplo: tomar champaña es símbolo de celebración, así como vestirse de negro lo es de luto.

⁸⁹ Igor Primoratz, “Punishment as Language”, *Philosophy*, 64 (1989), pp. 187 ss.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 196 s.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

aquello que la condenación se propone transmitir; unos y otros acabarán por concluir que los derechos violados no valen, esto es, carecen de reconocimiento jurídico. El Estado que reprueba y no castiga es timorato, por eso sus juicios no convencen a nadie.⁹¹

No pretendo aquí discutir la fundamentación del castigo a partir del argumento de la “seriedad” del mensaje. Solo deseo hacer notar que esta concepción, de cualquier manera, relega ese castigo a una posición subalterna con relación a la declaración de condena. Este reacomodamiento, a mi entender, repercute en nuestra aproximación al proceso. En lo que sigue, quiero referirme a tres posiciones que han considerado este fenómeno al momento de justificar la justicia penal internacional.

7.3.1. Entre quienes han propiciado una adaptación de los fundamentos del “expresivismo” a la realidad del derecho penal internacional vale la pena mencionar a David Luban.⁹²

Para este autor, la justicia penal internacional representa un mecanismo indispensable de proyección normativa. Más allá de su valor instrumental (por ejemplo, para conocer lo que ha ocurrido), los juicios son en sí mismos actos expresivos; la sola realización de ellos pone de manifiesto que los crímenes internacionales son hechos horribles e inaceptables, y no un simple ejercicio de la razón de Estado propio de situaciones extraordinarias.⁹³

Claro es que el contenido de ese mensaje no es una obviedad. El derecho penal internacional se asienta sobre una ambiciosa redefinición de la soberanía estatal que se había impuesto con la paz de Westfalia: los Estados ya no se asemejan a divinidades seculares, que reservan para sí la autoridad suprema de ordenar a sus súbditos que mueran o maten por razones patrióticas. Esta idea revolucionaria perturba de igual modo a los Estados liberales que a los regímenes autoritarios: todos se ven forzados a aceptar lo que antes era una blasfemia, esto es, la posibilidad de que un sujeto extraño reinterprete y descalifique decisiones políticas “sagradas”, que se pretendían incuestionables.⁹⁴

⁹¹ Ibídem, p. 200.

⁹² Cf. David Luban, “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, en Besson y Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 569 ss.

⁹³ Ibídem, p. 576.

⁹⁴ Ibídem, pp. 577 s. En un trabajo posterior, el autor se ha referido nuevamente a este rol transformador del sistema. Al respecto, señala lo siguiente: “*International criminal law uses trials, punishments and forms of law to project a radically different set of norms, one that reclassifies political violence from the domain of the sacred to the domain of ordinary thugery. What was once called Kriegsraison we now label war crime. Massacres and invasions in the name of raison d'état*”

De cualquier manera, el enfoque de Luban es relevante aquí porque destaca que, en verdad, el centro de gravedad de la justicia penal internacional está en el juicio y no en la pena.⁹⁵ Al respecto, el autor dice lo siguiente “solo los juicios pueden comunicar la criminalidad inherente a la violencia política en contra de los ciudadanos”. En su opinión, “la decisión de no montar juicios penales no es un acto menos expresivo que la creación de tribunales, y los contenidos expresivos asociados con la impunidad o con el castigo sumario son inaceptables: ambos son afirmaciones de que el crimen político se encuentra fuera del derecho”. Y concluye que “el sentido de los juicios respaldados por el castigo es afirmar el reino del derecho contra las pretensiones de la política”.⁹⁶

7.3.2. Otra conocida variante del “expresivismo” es la teoría comunicativa de Duff. Para este autor, el castigo es una empresa de comunicación moral; su objetivo no es hostilizar al criminal, sino propiciar un intercambio con él, destinado a que comprenda la incorrección de su conducta y acepte las consecuencias que de ella se siguen.⁹⁷

Esta alternativa resulta sin dudas más ambiciosa, pues no se contenta solo con transmitir un mensaje de desaprobación; por el contrario, la pena aspira aquí a obtener una respuesta apropiada —comprensión, remordimiento— de parte del condenado, quien hace saber de ese modo su intención de seguir integrando la comunidad que lo ha reprendido. Una aclaración: el enfoque que presento es normativo; por tanto, no nos preguntamos si los acusados se muestran efectivamente proclives al remordimiento y ávidos por reintegrarse de forma plena a la comunidad que los juzga. Solo reflexionamos acerca de si tal cosa sería al menos plausible, aunque la realidad demuestre luego que la empresa comunicativa resultó infructuosa en el caso concreto.⁹⁸

are now called crimes against humanity and aggression. In place of sacred violence, we now say 'torture' and 'genocide' (David Luban, “After the Honeymoon. Reflections on the Current State of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), p. 510.

⁹⁵ La preponderancia del proceso es un hecho perceptible tanto para quienes pregonan una fundamentación expresiva extrínseca del derecho penal internacional como para quienes —como postulo aquí— defienden una fundamentación expresiva intrínseca. Los primeros destacan que el proceso es una herramienta más eficaz que la pena a la hora de expresar las cosas que la comunidad internacional persigue en relación con los crímenes internacionales (contención de las víctimas y restablecimiento de su dignidad, elaboración de una verdad histórica oficial, etcétera). Por mi parte, como se advertirá, pienso que el juicio aventaja a la pena en su poder simbólico para dejar en claro que el derecho prevalece incluso en los contextos de mayor anarquía y desamparo.

⁹⁶ Luban, “Fairness to Rightness...”, o. cit., p. 576.

⁹⁷ Antony Duff, “Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?”, en BRUDHOLM y CUSHMAN (eds.), *The Religious in Responses to Mass Atrocity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 83 s.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 85 s.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

Dentro de ese esquema, el proceso penal es concebido como un foro en el cual la comunidad de ciudadanos convoca a uno de sus pares para que rinda cuentas acerca de su accionar. Así entendido, es evidente que el juicio solo podrá prosperar si quienes se proponen efectuarlo logran demostrar que tienen legitimación para ello (*standing*), es decir, si pueden justificar su autoridad para obligar a alguien a que responda ante ellos por algo que ha hecho u omitido hacer.⁹⁹

Esta legitimación depende al menos de dos cosas. Por un lado, los pretensos jueces deben contar con argumentos convincentes para acreditar que el asunto les incumbe: en nuestra vida cotidiana nos topamos con infinidad de hechos que nos indignan, escandalizan y conmueven; sin embargo, eso no nos legitima para forzar al responsable a que nos dé explicaciones sobre lo que ha hecho. Lo más probable es que, ante nuestra mirada inquisitiva, nos responda con aspereza: “¿y a ti qué te importa?”.¹⁰⁰ Si trasladamos esta intuición al fenómeno del castigo, la convocatoria del responsable demanda la previa existencia de una *polis* capaz de reivindicar el presunto delito como un asunto propio.

Pero, además, la empresa comunicativa solo será válida si la comunidad respeta en todo momento la condición de miembro que corresponde al individuo llamado a rendir cuentas. Es que, como hemos visto, la respuesta punitiva opera aquí de forma inclusiva, esto es, procura reconciliar al responsable con la comunidad y mantenerlo dentro su seno.

Las dos condiciones que he apuntado resultan sumamente problemáticas en el derecho penal internacional.

La primera exige explorar si la mera pertenencia al género humano es suficiente para concluir que existe una comunidad ante la cual deban responder los autores de ciertos crímenes.¹⁰¹ Pero incluso si se concede que tal cosa es plausible, es decir, si se reconoce

⁹⁹ Antony Duff, “Authority and Responsibility in International Criminal Law”, en BESSON y TASIOLAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 594 ss.

¹⁰⁰ Sobre este problema, cf. especialmente Antony Duff, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, *Ratio* 23 (2010), pp. 124 ss.

¹⁰¹ Esta idea ha sido defendida recientemente por Ambos. Este autor considera que los derechos humanos —sustentados en el imperativo kantiano de la dignidad de la persona— permiten construir una noción de ciudadanía universal. Todo ciudadano del mundo, según esta posición, goza del amparo de la comunidad internacional, que se compromete a velar por sus derechos básicos y, de ser necesario, a reprimir penalmente la conducta de quienes los vulneran. Kai Ambos, “Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33 (2013), pp. 293 ss. Una fundamentación de este tipo ha sido combatida con vehemencia por Daniel Pastor, para quien es moralmente insostenible instituir la figura del ciudadano universal solo a los fines punitivos. En su opinión, no puede

que la humanidad es un rasgo que nos liga con esa intensidad, resta aún definir quién puede arrogarse la representación de esa *polis*. Aquí, en particular, interesa saber si los tribunales penales internacionales pueden invocar un verdadero mandato para hablar en nombre de todos su congéneres.¹⁰² No voy a detenerme en estas cuestiones ahora; me basta con indicar que estas consideraciones irrumpen permanentemente en la fundamentación de la justicia penal internacional.

La segunda cuestión —la pertenencia de los acusados a la comunidad— repercute con mayor claridad en la controversia respecto del valor de la justicia procesal. En este caso, alguien podría sostener que los autores ya no merecen el tratamiento que corresponde a los conciudadanos, pues ellos mismos han decidido excluirse de la comunidad que integran; sus hechos revelan un desprecio tan evidente por la humanidad que sería intolerable seguir considerándolos nuestros pares. ¿Tiene sentido obstinarse con la posibilidad de entablar un diálogo, si nuestro interlocutor, por decisión propia, ha suprimido definitivamente esa posibilidad?¹⁰³

Renunciar a la comunicación con el acusado equivale a declararlo *hostis humanis generis*. Si la comunidad internacional se resigna a ver en él un *outlaw*, un sujeto ajeno al derecho, ella admite que ya no es factible aplicarle el derecho penal. Se lo podrá encerrar o colgar, pero ese mal infligido no equivale al castigo; el derecho penal, enseña Duff, supone una previa confrontación entre pares, en la que uno de ellos responde ante los demás.¹⁰⁴

7.3.3. Una tercera combinación entre el proceso penal y las teorías expresivas es la que presenta Wringle.¹⁰⁵ En este caso, la posición que defendemos aquí pretende hacer frente a una objeción corriente que se esgrime al juzgamiento de los crímenes de guerra;

haber un *ius puniendi* internacional sin una ciudadanía plena; así, postula: “[...] para prevenir los denominados crímenes internacionales no es tan importante la determinación mundial de lo que *no es lícito hacer*, esto es, definir esos hechos punibles y su castigo global, sino que lo decisivo es lo que *no es lícito no hacer*, a saber, dejar de desarrollar políticas mundiales serias para asegurar a todos los habitantes del planeta el goce de los derechos fundamentales mínimos y vitales”. Daniel Pastor, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, pp. 86 ss. (la cita corresponde a la p. 96; la itálica es del original).

¹⁰² Cf. Duff, “Authority and Responsibility...”, o. cit., pp. 597 ss.

¹⁰³ Cf. Duff, “Can We Punish...?”, o. cit., p. 91.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 92. En palabras de Duff: “*But if our judgment is that he ‘separates himself in a final way from a moral order that transcends the human community’, that appears to cut off the possibility of trying to communicate with him in this way – in which case we can kill him or lock him up, but we cannot punish him.*”

¹⁰⁵ Bill Wringle, “Why punish War Crimes? Victor’s Justice and Expressive Justifications of Punishment”, *Law and Philosophy*, vol. 25 (2006), pp. 159 ss.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

me refiero a la que menosprecia esos procesos como mecanismos de “justicia de los vencedores”.¹⁰⁶ Se afirma habitualmente que el escenario posbélico en el que tienen lugar estos juicios despierta una amarga sospecha: quienes resultan culpables no pagan únicamente por los hechos horrendos que cometieron; su condena, antes bien, responde al “crimen” residual de haber formado parte del bando derrotado. La objeción denuncia una selectividad moralmente injustificada en el castigo, derivada de una situación puramente azarosa (el desenlace de la guerra).¹⁰⁷

En su opinión —por razones que no podemos analizar aquí—, la *victor's justice objection* constituye un hueso imposible de roer tanto para las teorías retribucionistas como para las teorías consecuencialistas del castigo. La justificación plausible, sostiene, debe buscarse en una “forma sutil de expresivismo”, que abogue en favor de la justicia penal internacional a partir del valor expresivo del juicio.¹⁰⁸ Al respecto, dice lo siguiente:

[...] una posición de este tipo no solo deberá explicar por qué sentimos justificado infligir un tratamiento hostil a los criminales de guerra, sino también por qué consideramos tan importante que ese castigo sea impuesto de acuerdo con formas legales.¹⁰⁹

La razón por la cual se coloca al juicio penal por delante de la pena misma reside en el tipo de mensaje que se busca transmitir. La práctica de montar estos juicios, señala Wringer, expresa un compromiso público con una determinada idea de justicia,

¹⁰⁶ El autor no se propone justificar un modelo ideal de punición, en el cual resultarían castigados todos los responsables de crímenes de guerra, sin importar en qué bando han combatido. Intenta dar con una fundamentación del castigo tal como este se impone en la realidad: o bien con tribunales *ad-hoc*, o bien con tribunales permanentes, erigidos por las potencias vencedoras o por la comunidad internacional. Cualquiera de estas variantes, entiende, debe lidiar con la objeción apuntada.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 164 s. El autor señala que solo un “optimista incurable” podría reivindicar la superioridad moral de su causa en razón del simple hecho de que su bando prevaleció militarmente. Una obstinación semejante, aunque en sentido inverso, nos propone Jorge Luis Borges en su cuento *Deutsches Requiem*. Allí, el narrador es el subdirector de un campo de concentración, Otto zur Linde, condenado por torturador y asesino. Mientras aguarda su muerte en la horca, el personaje reivindica la derrota del nazismo con estas palabras: “[...] se cierne ahora sobre el mundo una época implacable. Nosotros la forjamos, nosotros que ya somos su víctima. ¿Qué importa que Inglaterra sea el martillo y nosotros el yunque? Lo importante es que rija la violencia, no las serviles timideces cristianas. Si la victoria y la injusticia y la felicidad no son para Alemania, que sean para otras naciones. Que el cielo exista, aunque nuestro lugar sea el infierno”.

¹⁰⁸ Su posición, vale aclarar, difiere de la de Duff en dos cuestiones centrales: por un lado, sostiene que el destinatario principal del mensaje no es el condenado, sino el público en general; por el otro, cree que no es ineludible que el autor integre la comunidad que se dispone a castigarlo. Se trata así de una teoría expresiva “denunciante” y no “comunicativa”, pues el castigo no se concibe como un diálogo entre el Estado y el responsable, sino como un mensaje unilateral (cf. no obstante la aclaración que efectuó en la nota 113).

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 180.

compuesta por dos razones fundamentales: a) el uso de la fuerza no puede ejercerse de forma ilimitada por quienes la detentan; y b) el poder político no puede ejercerse de forma tal que suprima la voz de sus destinatarios.¹¹⁰

El autor argumenta que una fundamentación de este tipo lo pone a salvo de la objeción sobre la justicia de los vencedores. Por un lado, sostiene que la realización selectiva de juicios penales —dirigida solo a un grupo— no perturba ni disminuye la función expresiva tal como la hemos presentado. Sostiene este punto con la siguiente analogía: el hecho de que alguien no grite cada vez que está enojado no es suficiente para poner en duda su enojo cuando efectivamente grita.¹¹¹ Por tanto, el hecho de que el sistema de justicia penal internacional no transmita su mensaje en todos los casos no le quita expresividad al mensaje cuando efectivamente lo transmite. Por el otro, subraya que su teoría expresiva no lo fuerza a adherir a alguno de los principios generales que sí resultan directamente afectados por la objeción. En particular, intenta demostrar que su propuesta no es una reedición inútil del retribucionismo, en virtud de que lo que el juicio expresa no es que los autores merecen el castigo, sino simplemente que el sistema de justicia penal internacional venera y reivindica un conjunto de normas cuya vigencia no estaba del todo clara.¹¹²

No es relevante aquí evaluar si el expresivismo de Wringer logra en efecto ofrecer una fundamentación inmune a la objeción mencionada. Basta con destacar que su propuesta coincide con las demás en que asigna una importancia superlativa al juicio penal, y en que reconoce al derecho procesal un potencial expresivo superior al del derecho sustantivo.

7.4. Expresivismo e integridad procesal

La reseña que he propuesto desnuda las diferencias que existen entre las tres variantes. La más relevante es la que se refiere al destinatario del mensaje que se pretende transmitir con el proceso penal. Así, mientras Luban y Wringer piensan en una difusión

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 181.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 185.

¹¹² *Ibidem*, p. 188. Esta afirmación es cuestionable, dado que resultaría poco verosímil pretender restablecer la vigencia de la *rule of law* sin prestar atención a la cuestión de si el acusado merece o no el castigo. Sí sería coherente postular que la función expresiva se realiza con la mera realización del juicio, y se refuerza aún más con la eventual absolución de aquel acusado cuya culpabilidad no pudo ser demostrada.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

erga omnes, Duff se esfuerza por restablecer los lazos de pertenencia del condenado con la comunidad que lo juzga.¹¹³

De cualquier manera, una cosa es evidente: la calidad del proceso es directamente proporcional a su capacidad expresiva. Luban y Duff coinciden en que la justicia procesal es un elemento necesario de la legitimidad de un veredicto; la diferencia entre ambos es que para el primero ella es incluso un elemento suficiente, teniendo en cuenta la debilidad de la autoridad política que sustenta los tribunales penales internacionales.

Según las palabras del propio Luban, “dada la carencia de un gobierno mundial que autorice tribunales internacionales como la CPI, su autoridad debe ser en gran medida autogenerada mediante una adhesión estricta a la justicia natural”; pues “solo de esta forma ellos [los tribunales] pueden proyectar una visión normativa capaz de competir con la ortodoxia westfaliana”.¹¹⁴ Duff, como expliqué más arriba, considera ineludible encontrar una justificación para sostener la pretensión de juzgamiento que esgrime la CPI. De allí su preocupación por caracterizar a la humanidad al menos como una “comunidad moral en estado embrionario”.¹¹⁵

Wringe, por su parte, ratifica mi intuición cuando reflexiona acerca de las razones por las cuales el castigo de los crímenes de guerra puede reputarse un compromiso con ideales de justicia y no con sentimientos de venganza. En su opinión, ese compromiso solo es tangible en la medida en que sea impuesto “al final de un proceso que siga normas jurídicas tan estrictamente como sea posible”.¹¹⁶

Todas estas voces obligan a observar con escepticismo y desconfianza la pretensión de “ajustar” los estándares de justicia procesal vigentes en el derecho penal internacional. Si tal cosa sugiere adecuar la configuración del proceso al fenómeno sobre el que habrá de operar, no hay objeciones serias que oponer. Pero si, por el contrario, lo que se insinúa es que los jueces de la CPI están facultados a proceder a discreción con las reglas

¹¹³ En un trabajo posterior al que he examinado aquí, Wringe modifica su posición sobre el tipo de “expresivismo” que justifica el castigo de los crímenes de guerra. Considera ahora, siguiendo en parte a Duff, que no es descabellado defender la existencia de una comunidad capaz de llamar a rendir cuentas a los criminales de guerra. Dice que la variante comunicativa es superior a la otra porque no utiliza a las personas condenadas como medio para transmitir mensajes a la generalidad. Bill Wringe, “War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?”, *Res Publica*, vol. 16 (2010), pp. 119 ss.

¹¹⁴ Luban, “Fairness to Rightness...”, o. cit., p. 579. El autor recuerda al respecto que, en contra de lo que vaticinaba la fiscalía, las absoluciones dictadas por el tribunal de Núremberg reforzaron su legitimidad.

¹¹⁵ Duff, *Authority and Responsibility*, o. cit., p. 601, nota 41.

¹¹⁶ Wringe, “Why Punish...?”, o. cit., p. 190.

vigentes (en el ECPI y en las RPP), se presenta una contradicción insoluble. Vindicar el derecho violando el derecho es un mensaje distorsionado, comparable al que emite una radio descompuesta.

8. Conclusiones

1. La CPI ha establecido de forma concluyente que corresponde a los jueces determinar cuándo una prueba es potencialmente exculpatória. En cambio, permanece abierta la cuestión relativa a si, y en qué condiciones, el tribunal puede mantener en reserva documentos o informaciones capaces de respaldar la estrategia de la defensa o de debilitar la hipótesis de la acusación.

Considero que un proceder semejante afecta de forma irreversible la justicia procesal con la que debe conducirse el juicio. Si el acusado sabe que el tribunal dispone de prueba potencialmente exculpatória y, no obstante, esta no se le exhibe, la posterior condena no podrá despejar las dudas provocadas por el ocultamiento inicial. De cualquier manera, resulta injustificado rediscutir las razones subyacentes que aconsejan y desaconsejan acotar el *disclosure* por razones de confidencialidad. La redacción precisa del artículo 54.3.e ECPI no ampara al fiscal que ha recopilado prueba exculpatória y pretende sustraerse de sus deberes de divulgación conforme al artículo 67.2 ECPI. Las reglas de juego no están a disposición de los operadores del sistema y no pueden modificarse en medio de la partida.

2. Los procesos penales internacionales, en general, y el proceso ante la CPI, en particular, son el producto de una fusión de tradiciones jurídicas que debilita la posición de la defensa frente al poder del fiscal. Por un lado, se ha incorporado el *two cases approach*, cuyas consecuencias son la falta de un expediente oficial y la profusión de reglas sobre admisibilidad de la prueba. Pero, al mismo tiempo, el sistema delega en el tribunal la facultad de “administrar” pruebas dudosas, pues confía en su pericia para emplearlas o descartarlas al momento de juzgar los hechos. De esta manera, las reacciones procesales (inadmisibilidad, clausura anticipada, etcétera) no son respuestas que el acusado puede pretender como derivación de su derecho a un juicio justo, sino mecanismos de control que los jueces utilizan libremente como directores del proceso.

3. La importancia que se asigne a la integridad del proceso depende de una definición previa: si se lo concibe como mero instrumento al servicio de fines extraños, o si le reconoce un valor intrínseco. El “expresivismo” postula que la justicia penal

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

internacional es moralmente valiosa porque afirma la primacía del derecho aun en los peores escenarios; a su vez, sostiene que el juzgamiento tiene un potencial expresivo superior al del castigo. Si esto es acertado, la claridad del mensaje está supeditada a la previa realización de un juicio correcto e irreprochable.

Bibliografía

- AMBOS, KAI, “Confidential Investigations [article 54 (3) (e) ICC Statute] vs. Disclosure Obligations: the Lubanga Case and National Law”, *New Criminal Law Review*, vol. 12 (2009), pp. 543 ss.
- “International criminal procedure: ‘adversarial’, ‘inquisitorial’ or mixed?”, *International Criminal Law Review*, vol. 3 (2003), pp. 1 ss.
- “Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33 (2013), pp. 293 ss.
- ASHWORTH, Andrew, *The Criminal Process*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CAIANIELLO, Michele, “Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?”, *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), pp. 23 ss.
- “First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials. A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), pp. 385 ss.
- CRYER, Robert, Hakan FRIMAN, Darryl ROBINSON y Elizabeth WILMSHURST, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2.^a ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- DAMAŠKA, Mirjan, “Reflections on Fairness in International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), pp. 611 ss.
- DE VOS, Christian, “‘Someone who comes between one person and another’: Lubanga, Local Cooperators and the Right to a Fair Trial, case note”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12 (2011), pp. 217 ss.
- DUFF, Antony, “Authority and Responsibility in International Criminal Law”, en BESSON y TASSIOULAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 589 ss.
- “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, *Ratio* 23 (2010), pp. 123 ss.
- “Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?”, en BRUDHOLM y CUSHMAN (eds.), *The Religious in Responses to Mass Atrocity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 79 ss.

- FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en FEINBERG, *Doing and Deserving*, Princeton: Princeton University Press, 1970, pp. 95 ss.
- JACKSON, John, “Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries”, en JACKSON, LANGER y TILLERS (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 221 ss.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6 (2002), pp. 1 ss.
- LANGER, Máximo, “El sistema del tribunal gerencial en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en BAIGÚN (comp.), *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 671 ss.
- LANGER, Maximo y Kent ROACH, “Rights in the criminal process: a case study of convergence and disclosure rights”, en TUSHNET y FLEINER (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Abingdon: Routledge, 2013, pp. 273 ss.
- LUBAN, David, “After the Honeymoon. Reflections on the Current State of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), pp. 505 ss.
- “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, en BESSON y TASIOLAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 569 ss.
- MÉGRET, Frédéric, “Beyond ‘Fairness’: Understanding the Determinants of International Criminal Procedure”, *UCLA Journal of International Legal & Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 37 ss.
- NAHAMYA, Elizabeth, y Diarra ROKHAYATOU, “Disclosure of Evidence before The International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), pp. 339 ss.
- OHLIN, Jens David, “A Meta-Theory of International Criminal Procedure: Vindicating the Rule of Law”, *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 77 ss.
- PASTOR, Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006.
- PRIMORATZ, Igor, “Punishment as Language”, *Philosophy*, 64 (1989), pp. 187 ss.
- ROXIN, Claus, y Bernd SCHÜNEMMAN, *Strafverfahrensrecht*, 26.^a ed., Múnich: Beck, 2009.
- SAFFERLING, Christoph, *Internationales Strafrecht*, Berlín: Springer, 2011.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1991.
- SWOBODA, Sabine, “The Disclosure Regime. A Defense Perspective”, *Criminal Law Forum*, vol. 19 (2008), pp. 449 s.
- TAYLOR, Chris, “The disclosure sanctions review: another missed opportunity?”, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 17 (2013), pp. 272 ss.
- TOCHILOVSKY, Vladimir, “Prosecution Disclosure in the ICC and Relevant Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals”, en DORIA, GASSER y BASSIOUNI (eds.), *The Legal Regime of the*

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko, Leiden: Nijhoff, 2009, pp. 843 ss.

TURNER, Jenia Iontcheva, “Policing International Prosecutors”, *International Law and Politics*, vol. 45 (2012), pp. 175 ss.

WHITING, Alex, “Lead Evidence and Discovery before the International Criminal Court: the Lubanga Case”, *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 207 ss.

WRINGE, Bill, “War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?”, *Res Publica*, vol. 16 (2010), pp. 119 ss.

— “Why punish War Crimes? Victor’s Justice and Expressive Justifications of Punishment”, *Law and Philosophy*, vol. 25 (2006), pp. 159 ss.

ZOLO, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*, Buenos Aires: Edhasa, 2007.