

**Cour
Pénale
Internationale**



Corte Penal Internacional

**International
Criminal
Court**

Original : **inglés**

Nº: **ICC-01/04-01/06**

Fecha: **13 de octubre de 2006**

SALA DE APELACIONES

Integrada por: **Magistrado Sang-Hyun Song, magistrado presidente**
Magistrado Philippe Kirsch
Magistrado Georghios M. Pikis
Magistrada Navanethem Pillay
Magistrado Erkki Kourula

Secretario: **Sr. Bruno Cathala**

SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO
CASO DEL
FISCAL c. THOMAS LUBANGA DYILO

Documento Público

Sentencia

sobre la apelación interpuesta por el Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada “Decisión por la que se establecen los principios generales aplicables a las solicitudes de restricción de la divulgación presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba”

Fiscalía

Sr. Luis Moreno-Ocampo, Fiscal
 Sra. Fatou Bensouda, fiscal adjunta
 Sr. Fabricio Guariglia, fiscal auxiliar principal ante la Sala de Apelaciones
 Sr. Eckehard Withopf, fiscal auxiliar principal

Abogado defensor

Sr. Jean Flamme

Asistente jurídica

Sra. Véronique Pandanzyla

La Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional,

Vista la apelación interpuesta por el Fiscal en virtud de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, de 23 de junio de 2006, titulada “Decisión sobre el escrito de la Fiscalía en que se solicita reconsideración y, subsidiariamente, autorización para apelar “(ICC-01/04-01/06-166), contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, de 19 de mayo de 2006, titulada “Decisión por la que se establecen los principios generales aplicables a las solicitudes de restricción de la divulgación presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (ICC-01/04-01/06-108-Corr),

Habiendo deliberado,

por mayoría, con la opinión disidente del Magistrado Pikis,

Dicta la siguiente

SENTENCIA

i) Se confirma la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de “que, a los efectos de la audiencia de confirmación de los cargos, cualquier restricción a la obligación de comunicar a la Defensa los nombres de los testigos cuyas declaraciones la Fiscalía tenga intención de hacer valer en dicha audiencia, o de partes de las declaraciones de dichos testigos, o ambas cosas, debe ser autorizada por la Sala de conformidad con la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, previa evaluación del carácter excepcional de la solicitud y la determinación de la imposibilidad de adoptar medidas de protección menos restrictivas o la insuficiencia de dichas medidas”.

ii) Se revoca la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de “que sólo se aceptarán las solicitudes presentadas por la Fiscalía en virtud del artículo 68 del Estatuto y la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de que no se divulgue la identidad de sus testigos en la audiencia de confirmación de los cargos a fin de garantizar su seguridad y la de sus familiares si: i) la Fiscalía ha solicitado previamente a la Dependencia de Víctimas y Testigos medidas de protección en relación con el testigo en cuestión, y ii) la Fiscalía demuestra que, como consecuencia de las excepcionales circunstancias que rodean al testigo en cuestión, sigue siendo necesario no divulgar su identidad, debido a la imposibilidad de aplicar las medidas de protección solicitadas o

a la insuficiencia de las medidas de protección adoptadas en el marco del programa de protección de la Dependencia de Víctimas y Testigos en virtud de la solicitud de la Fiscalía”.

iii) Se revoca la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de “que las expurgaciones que se hayan hecho en relación con las declaraciones de los testigos cuyo testimonio oral o escrito se proponga hacer valer la Fiscalía en la audiencia de confirmación de los cargos, con el fin de no perjudicar las investigaciones que se están llevando a cabo en la causa seguida contra Thomas Lubanga Dyilo: i) serán temporales y ii) no se mantendrán más allá de la iniciación del plazo de 15 días previsto en las subreglas 4 y 5 de la regla 121 de las Reglas”.

iv) Se revoca la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de “que todas las solicitudes que formule en el futuro la Fiscalía de conformidad con la subregla 2 de la regla 81 habrán de presentarse *inter partes* a fin de notificar a la Defensa la existencia de la solicitud y sus fundamentos jurídicos”, así como las decisiones conexas que figuran en los apartados ii) a vi) de las páginas 19 y 20 de la decisión impugnada.

v) Se revoca la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de “que todas las solicitudes de que se restrinja la divulgación de conformidad con la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas que formulen en el futuro la Fiscalía o la Defensa se presentarán *inter partes* a fin de informar a la otra parte de la existencia de la solicitud y sus fundamentos jurídicos, y de cualquier solicitud de procedimiento *ex parte* que contenga dicha solicitud”, así como las decisiones conexas que figuran en los apartados ii) a viii) de las páginas 20 a 22 de la decisión impugnada.

FUNDAMENTOS

I. COMPROBACIONES FUNDAMENTALES

1. La no revelación de la identidad de los testigos cuyo testimonio se propone hacer valer el Fiscal en una audiencia de confirmación de los cargos, o de partes de las declaraciones hechas anteriormente por esos testigos, a la persona respecto de la cual se celebra dicha audiencia, es una excepción a la regla general de que corresponde revelar la identidad de esos testigos y sus declaraciones anteriores. Cuando una Sala de Cuestiones Preliminares examine una solicitud de no divulgación presentada por el Fiscal en virtud de la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, tendrá en cuenta todos los elementos pertinentes

y evaluará detenidamente y caso por caso la solicitud del Fiscal. Ni en el Estatuto ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba se impone al Fiscal la obligación de pedir a la Dependencia de Víctimas y Testigos la adopción de medidas de protección antes de solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que no se divulgue la identidad de los testigos cuyo testimonio se proponga hacer valer en la audiencia de confirmación de los cargos.

2. La investigación del Fiscal puede extenderse más allá de la audiencia de confirmación de los cargos. Dicha investigación puede referirse a presuntos nuevos crímenes, además de a los presuntos crímenes incluidos en la audiencia de confirmación de los cargos.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares incurre en error al determinar la forma en que ejercerá su discrecionalidad respecto del mantenimiento del carácter de *ex parte* de las solicitudes que se presenten en el futuro en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba en la medida en que no prevé cierto grado de flexibilidad para decidir, caso por caso, si se mantiene el carácter de *ex parte* de la solicitud y, en caso afirmativo, en qué medida.

II. RESEÑA DEL PROCEDIMIENTO

4. La presente apelación se refiere a la restricción de la divulgación a la persona respecto de la cual se celebra una audiencia de confirmación de los cargos, de conformidad con las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

5. El 19 de mayo del 2006, la magistrada Sylvia Steiner, actuando como magistrada única de la Sala de Cuestiones Preliminares I, adoptó una decisión titulada “Decisión por la que se establecen los principios generales aplicables a las solicitudes de restricción de la divulgación presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba” (ICC-01/04-01/06-108-Corr., en adelante, “la decisión impugnada”). En dicha decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares estableció “ciertos principios generales aplicables a las solicitudes de restricción de la divulgación presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba” (véase el párrafo 5 de la decisión impugnada), relativos a la divulgación de pruebas durante la preparación de la audiencia de confirmación de los cargos que se imputan al Sr. Thomas Lubanga Dyilo. El 15 de mayo de 2006 la Sala de Cuestiones Preliminares ya había adoptado otra decisión, titulada “Decisión sobre el sistema final de divulgación y el establecimiento de un calendario” (ICC-01/04-01/06-102, en adelante “la decisión sobre el sistema final de divulgación”), que también

se refería a la cuestión de la divulgación de pruebas durante los preparativos de la audiencia de confirmación de los cargos.

6. En la decisión impugnada, la Sala de Cuestiones Preliminares determinó, entre otras cosas, las condiciones en que concedería las solicitudes del Fiscal para que no se diera a conocer la identidad de los testigos de cargo al Sr. Thomas Lubanga Dyilo antes de la audiencia de confirmación de los cargos (véanse las páginas 22 y 23 de la decisión impugnada); que las expurgaciones que se hicieran en las declaraciones de los testigos cuyo testimonio se propusiera hacer valer el Fiscal en la audiencia de confirmación de los cargos con el fin de no perjudicar las investigaciones que se estuvieran llevando a cabo en la causa seguida contra Thomas Lubanga Dyilo serían temporales y no se mantendrían más allá de la iniciación del plazo de 15 días previsto en las subreglas 4 y 5 de la regla 121 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (véase la página 23 de la decisión impugnada); y que todas las solicitudes que se formularan en el futuro en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba debían presentarse *inter partes*, con objeto de informar a la otra parte de la existencia de la solicitud y de sus fundamentos jurídicos y, con respecto a las solicitudes presentadas en virtud de la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, de las solicitudes de procedimiento *ex parte* que contuviese dicha solicitud (véanse las páginas 19 y 20 de la decisión impugnada).

7. El 24 de mayo de 2006, el Fiscal presentó a la Sala de Cuestiones Preliminares I una solicitud de reconsideración y, subsidiariamente, de autorización para apelar (ICC-01/04-01/06-125, en adelante, “la solicitud de autorización para apelar”). En la solicitud de autorización para apelar, el Fiscal pidió a la Sala de Cuestiones Preliminares que reconsiderara ciertos aspectos de la decisión impugnada y, subsidiariamente, solicitó autorización para apelar de la decisión impugnada en relación con dichos aspectos.

8. El 23 de junio de 2006, la Magistrada Sylvia Steiner, actuando como magistrada única de la Sala de Cuestiones Preliminares I, adoptó una decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de reconsideración y, subsidiariamente, de autorización para apelar (ICC-01/04-01/06-166, versión pública expurgada, en adelante, “la decisión por la que se concede autorización para apelar”). La Sala de Cuestiones Preliminares desestimó *in limine* la solicitud de reconsideración presentada por el Fiscal y concedió autorización para apelar de la decisión impugnada en relación con:

“i) La cuestión de la determinación de los criterios para la concesión de solicitudes de protección consistente en no revelar, antes de la celebración de la

audiencia de confirmación de los cargos, la identidad de los testigos cuyo testimonio se proponga hacer valer la Fiscalía en dicha audiencia”;

“ii) La cuestión del alcance temporal de las investigaciones en curso sobre Thomas Lubanga Dyilo y la consiguiente índole transitoria de las expurgaciones autorizadas de conformidad con la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba a fin de no perjudicar dichas investigaciones”; y

“iii) La cuestión del régimen que comporta la expresión “*ex parte*” en el contexto de las solicitudes presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba” (decisión por la que se concede autorización para apelar, página 25).

9. El 3 de julio de 2006, la Sala de Apelaciones autorizó la ampliación del número máximo de páginas y prorrogó el plazo para la presentación del documento justificativo de la apelación del Fiscal (ICC-01/04-01/06-177). El documento justificativo de la apelación del Fiscal (ICC-01/04/01/06-183, en adelante, “el documento justificativo de la apelación”) quedó registrado el 6 de julio de 2006.

10. El 11 de julio de 2006, la Sala de Apelaciones prorrogó por cinco días el plazo para la presentación de la respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal (ICC-01/04-01/06-190). El 20 de julio de 2006, el abogado defensor del Sr. Thomas Lubanga Dyilo presentó un documento titulado “Conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal de 5 de julio de 2006” (ICC-01/04-01/06-199, en adelante, “la respuesta al documento justificativo de la apelación”).

11. El 21 de julio de 2006, el Fiscal presentó una solicitud de autorización para contestar a las conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal (ICC-01/04-01/06-202). El 31 de julio de 2006, el Fiscal presentó un documento titulado “Contestación a las Conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal” (ICC-01/04-01/06-223). El 12 de septiembre de 2006, la Sala de Apelaciones denegó la solicitud de autorización para contestar presentada por el Fiscal y decidió no examinar la contestación presentada el 31 de julio de 2006 en sus deliberaciones sobre la presente apelación (ICC-01/04-01/06-424).

III. CUESTIONES PRELIMINARES PLANTEADAS POR LA DEFENSA

A. Supuesto incumplimiento por el Fiscal de los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 83 del Estatuto

12. En la respuesta al documento justificativo de la apelación, el abogado del Sr. Lubanga Dyilo afirma que la apelación es inadmisibile. Aduce que, con arreglo al párrafo 2 del artículo 83 del Estatuto, una apelación sólo es admisible si las actuaciones apeladas fueron injustas y que ello afecta a la regularidad del fallo o la pena o si el fallo o la pena apelados adolecen efectivamente de errores de hecho o de derecho (véase la respuesta al documento justificativo de la apelación, párrafo 5). El abogado del Sr. Lubanga Dyilo aduce que el Fiscal simplemente criticó la decisión por no prever la suficiente flexibilidad, pero no expuso errores de hecho o de derecho; sostiene que, habida cuenta de que el Fiscal no impugna la interpretación del derecho hecha por la Sala de Cuestiones Preliminares, no se ha planteado ningún error de derecho. El abogado del Sr. Thomas Lubanga Dyilo manifiesta asimismo que el error tendría que ser grave y significativo, y que el Fiscal no demostró que la decisión impugnada habría sido diferente si la Sala de Cuestiones Preliminares no hubiese cometido el supuesto error (véase la respuesta al documento justificativo de la apelación, párrafo 6).

13. La Sala de Apelaciones rechaza el argumento del abogado del Sr. Lubanga Dyilo de que la apelación del Fiscal es inadmisibile por un supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 83 del Estatuto. La apelación no puede declararse inadmisibile sobre esa base ya que, por los motivos expuestos más adelante, el párrafo 2 del artículo 83 del Estatuto no es aplicable a las apelaciones de cuestiones procedentes de la Sala de Cuestiones Preliminares e interpuestas en virtud del apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto.

14. El párrafo 2 del artículo 83 del Estatuto reza como sigue:

“La Sala de Apelaciones, si decide que las actuaciones apeladas fueron injustas y que ello afecta a la regularidad del fallo o la pena o que el fallo o la pena apelados adolecen efectivamente de errores de hecho o de derecho o de vicios de procedimiento, podrá:

- a) Revocar o enmendar el fallo o la pena; o
- b) Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia.

A estos efectos, la Sala de Apelaciones podrá devolver una cuestión de hecho a la Sala de Primera Instancia original para que la examine y le informe según corresponda, o podrá ella misma pedir pruebas para dirimirla. El fallo o la pena

apelados únicamente por el condenado, o por el Fiscal en nombre de éste, no podrán ser modificados en perjuicio suyo.”

15. En el apartado b) del párrafo 2 del artículo 83 se hace referencia a la facultad de la Sala de Apelaciones para “[d]ecretar la celebración de un *nuevo juicio* en otra *Sala de Primera Instancia*” (cursiva añadida). El último párrafo de la disposición se refiere a la posibilidad de que la Sala de Apelaciones devuelva una cuestión de hecho a la *Sala de Primera Instancia* original para que la examine; y la última oración de dicho párrafo prevé expresamente los casos en que “el fallo o la pena” hayan sido apelados “únicamente por el condenado, o por el Fiscal en nombre de éste”. Tales disposiciones llevan a la conclusión de que el párrafo 2 del artículo 83 se refiere a las apelaciones interpuestas en virtud del artículo 81 del Estatuto (contra un fallo condenatorio o absolutorio o contra la pena) al término del juicio, y no contra una de las decisiones a las que alude el apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto, que tienen lugar en el curso de los procedimientos, antes de que finalice el juicio, y se refieren a “una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia, una resolución inmediata de la Sala de Apelaciones pueda acelerar materialmente el proceso”.

16. Otras disposiciones del artículo 83 corroboran esta conclusión. El párrafo 1 del artículo 83 indica que la Sala de Apelaciones tendrá todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia, “[a] los efectos del procedimiento establecido en el artículo 81 y en el presente artículo”. No se hace referencia al apartado d) del párrafo 1 del artículo 82. Además, el párrafo 3 del artículo 83 se refiere a apelaciones de *penas*; y en el párrafo 5 del artículo 83 se dispone que la Sala de Apelaciones puede dictar sentencia en ausencia de “la persona *absuelta o condenada*” (cursivas nuestras). Una vez más, estas disposiciones se refieren a temas que se plantean después de que haya finalizado el juicio. No se aplican a las decisiones adoptadas en el curso de los procedimientos, a las que se refiere el apartado d) del párrafo 1 del artículo 82.

17. Además, la Sala de Apelaciones se remite a lo dispuesto en la subregla 1 de la regla 158 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que prevé lo siguiente:

“La Sala de Apelaciones que conozca de una de las apelaciones a las que se refiere la presente sección podrá confirmar, dejar sin efecto o modificar la decisión apelada.”

18. Esa disposición se aplica a las apelaciones interpuestas con arreglo al apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto por el hecho de que a estas apelaciones se hace referencia en la regla 155, que figuran en la sección a la que se refiere la regla 158, a saber, la Sección III del Capítulo 8 de las Reglas de Procedimiento y Prueba titulada “Apelación de otras decisiones”. No habría sido necesario adoptar la regla 158 si el párrafo 2 del artículo 83 se hubiese considerado aplicable a las apelaciones interpuestas con arreglo al apartado d) del párrafo 1 del Estatuto.

19. Además, la Sala de Apelaciones no encuentra ningún otro fundamento para no examinar el fondo de la apelación. La Sala de Cuestiones Preliminares autorizó al Fiscal a interponer esta apelación con arreglo al apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto (véase el párrafo 8 *supra*). Por otra parte, el Fiscal, con arreglo a lo que establece el numeral 2 de la norma 64 del Reglamento de la Corte, leído junto con el numeral 4 de la norma 65, ha presentado un documento justificativo de la apelación en el que se exponen los motivos de ésta y los fundamentos de hecho o de derecho en los que se apoyan cada uno de esos motivos. Entre los motivos de las apelaciones interpuestas con arreglo al apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto pueden figurar los enumerados en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 81 del Estatuto, que comprenden a los errores de derecho. En el documento justificativo de la apelación, el Fiscal expone tres motivos de apelación y aduce que la Sala de Cuestiones Preliminares cometió errores de derecho respecto de cada uno de ellos (véanse en particular los párrafos 2, 5 y siguientes, 14 y siguientes y 26 y siguientes del documento justificativo de la apelación). La cuestión de si los argumentos del Fiscal son convincentes está relacionada con el fondo de la apelación, y no con su admisibilidad. El Fiscal también respetó el plazo y el número máximo de páginas establecidos para el documento justificativo de la apelación, según lo dispuesto en el Reglamento de la Corte y de conformidad con la ampliación acordada por la Sala de Apelaciones a raíz de una solicitud del Fiscal (véase el párrafo 9 *supra*).

B. Cosa juzgada respecto de los motivos primero y segundo de apelación

20. Respecto de los dos primeros motivos de apelación expuestos por el Fiscal, el abogado del Sr. Lubanga Dyilo alega que las cuestiones planteadas en ellos ya fueron dirimidas por la Sala de Cuestiones Preliminares en su decisión de 15 de mayo de 2006 sobre el sistema final de divulgación. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo observa que el Fiscal no solicitó autorización para apelar de dicha decisión. Por tal razón, afirma que la resolución sobre las cuestiones planteadas en los dos primeros motivos de la apelación ha adquirido carácter

definitivo y que en consecuencia la Sala de Apelaciones no puede revocarla, pues ello sería contrario al principio de cosa juzgada (“*res judicata*”) y podría dar lugar a decisiones contradictorias (véanse los párrafos 7, 13 y 14 de la respuesta al documento justificativo de la apelación). Respecto de la cuestión planteada por el Fiscal en su primer motivo de apelación, el abogado defensor del Sr. Lubanga Dyilo hace referencia en particular al párrafo 101 del anexo I de la decisión sobre el sistema final de divulgación; respecto de la cuestión planteada en el segundo motivo de apelación, el abogado del Sr. Lubanga Dyilo hace referencia en particular a los párrafos 130 y 131 del anexo I de la decisión sobre el sistema final de divulgación.

21. Por los motivos señalados más adelante, la Sala de Apelaciones rechaza el argumento del abogado del Sr. Lubanga Dyilo de que la Sala de Apelaciones no podría revocar la resolución adoptada respecto de las cuestiones planteadas en los dos primeros motivos de apelación, porque habrían adquirido carácter definitivo. Nada obsta a que el Fiscal plantee esas cuestiones en la presente apelación.

22. La conclusión anterior se deriva de la siguiente consideración: en su decisión de 15 de mayo de 2006, la Sala de Cuestiones Preliminares I se refirió al sistema final de divulgación a los efectos de la audiencia de confirmación de los cargos; *no* se refirió a la cuestión de cómo resolvería la Sala de Cuestiones Preliminares las solicitudes de restricción de la divulgación presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Esta última cuestión se trató en la decisión impugnada. Concretamente, en ésta, la Sala de Cuestiones Preliminares tomó las siguientes decisiones que sirven de base a los motivos de apelación primero y segundo:

“[Q]ue, a los efectos de la audiencia de confirmación de los cargos, cualquier restricción a la obligación de comunicar a la Defensa los nombres de los testigos cuyas declaraciones la Fiscalía tenga intención de hacer valer en dicha audiencia, o partes de dichas declaraciones, debe ser autorizada por la Sala de conformidad con la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba previa evaluación del carácter excepcional de la solicitud y determinación de la imposibilidad de adoptar medidas de protección menos restrictivas o de la insuficiencia de dichas medidas” (véase la página 22 de la decisión impugnada).

“[Q]ue sólo se aceptarán las solicitudes presentadas por la Fiscalía en virtud del artículo 68 del Estatuto y la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de que no se divulgue la identidad de sus testigos en la audiencia de confirmación de los cargos a fin de garantizar su seguridad y la de sus familiares si: i) la Fiscalía ha solicitado previamente a la Dependencia de Víctimas y Testigos medidas de protección en relación con el testigo en cuestión, y ii) la Fiscalía

demuestra que, como consecuencia de las excepcionales circunstancias que rodean al testigo en cuestión, sigue siendo necesario no divulgar su identidad, debido a la imposibilidad de aplicar las medidas de protección solicitadas o a la insuficiencia de las medidas de protección adoptadas en el marco del programa de protección de la Dependencia de Víctimas y Testigos en virtud de la solicitud de la Fiscalía” (véanse las páginas 22 y 23 de la decisión impugnada); y

“[Q]ue las expurgaciones que se hayan hecho en relación con las declaraciones de testigos cuyo testimonio oral o escrito se proponga hacer valer la Fiscalía en la audiencia de confirmación de los cargos, con el fin de no perjudicar las investigaciones que se están llevando a cabo en la causa seguida contra Thomas Lubanga Dilo: i) serán temporales y ii) no se mantendrán más allá de la iniciación del plazo de 15 días previsto en las subreglas 4 y 5 de la regla 121 de las Reglas” (véase la página 23 de la decisión impugnada).

23. Ninguna de las decisiones antedichas aparece en la decisión sobre el sistema final de divulgación. Por consiguiente, el Fiscal no podía haber interpuesto ninguna apelación en relación con ellas antes de su resolución en la decisión impugnada. El hecho de que algunas partes del razonamiento empleado en la decisión de 15 de mayo 2006 sean análogas al razonamiento de la decisión impugnada o se superpongan con él no obsta a que en el presente caso el Fiscal interponga esta apelación, por cuanto en una y otra decisión se han resuelto cuestiones diferentes.

IV. FONDO DE LA APELACIÓN

A. Primer motivo de apelación: criterios para la concesión de las solicitudes de no divulgación de la identidad de los testigos

24. Como primer motivo de apelación, el Fiscal aduce que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en un error de derecho al determinar los criterios para conceder las solicitudes de no divulgación, antes de la audiencia de confirmación de los cargos, de la identidad de los testigos cuyo testimonio se proponga hacer valer el Fiscal.

1. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares

25. El primer motivo de apelación está relacionado con dos decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares que figuran en las páginas 22 y 23 de la decisión impugnada. En la primera decisión (página 22 de la decisión impugnada), la Sala de Cuestiones Preliminares determinó “que, a los efectos de la audiencia de confirmación de los cargos, cualquier restricción a la obligación de comunicar a la Defensa los nombres de los testigos cuyas declaraciones la Fiscalía tenga intención de hacer valer en dicha audiencia, o partes de dichas declaraciones, debe ser autorizada por la Sala de conformidad con la subregla 4 de la regla 81

de las Reglas de Procedimiento y Prueba previa evaluación del carácter excepcional de la solicitud y determinación de la imposibilidad de adoptar medidas de protección menos restrictivas o de la insuficiencia de dichas medidas”. Así pues, la Sala de Cuestiones Preliminares indicó cómo aplicaría el derecho en relación con las solicitudes de no divulgación presentadas en virtud de la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. En su segunda decisión (páginas 22 y 23 de la decisión impugnada), la Sala de Cuestiones Preliminares decidió que “sólo se aceptarán las solicitudes presentadas por la Fiscalía en virtud del artículo 68 del Estatuto y la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de que no se divulgue la identidad de sus testigos en la audiencia de confirmación de los cargos a fin de garantizar su seguridad y la de sus familiares si: i) la Fiscalía ha solicitado previamente a la Dependencia de Víctimas y Testigos medidas de protección en relación con el testigo en cuestión, y ii) la Fiscalía demuestra que, como consecuencia de las excepcionales circunstancias que rodean al testigo en cuestión, sigue siendo necesario no divulgar su identidad, debido a la imposibilidad de aplicar las medidas de protección solicitadas o a la insuficiencia de las medidas de protección adoptadas en el marco del programa de protección de la Dependencia de Víctimas y Testigos en virtud de la solicitud de la Fiscalía”. Así pues, la segunda decisión se refiere a un trámite procesal que el Fiscal debe realizar antes de presentar una solicitud de no divulgación.

26. En apoyo de esas decisiones, la Sala de Cuestiones Preliminares indicó que, de conformidad con la regla 76 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, el Fiscal debe comunicar a la Defensa el nombre de los testigos cuyo testimonio se proponga hacer valer en la audiencia de confirmación de cargos (véase el párrafo 28 de la decisión impugnada). La Sala de Cuestiones Preliminares observó que no divulgar la identidad de un testigo podía ser una medida de protección con arreglo al artículo 68 del Estatuto y la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (véase el párrafo 29 de la decisión impugnada), pero consideró que la no divulgación de la identidad de los testigos podía incidir en la capacidad de la Defensa para impugnar plenamente las pruebas del Fiscal en la audiencia de confirmación de los cargos y en los derechos de la Defensa consagrados en el párrafo 3 y el apartado b) del párrafo 6 del artículo 61 y en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 67 del Estatuto (véase el párrafo 30 de la decisión impugnada). La Sala de Cuestiones Preliminares argumentó que, habida cuenta de las repercusiones que la no divulgación de la identidad de los testigos podía tener en los derechos de la Defensa, sólo podría concederse “excepcionalmente, cuando, debido a las especiales circunstancias que [rodearan] a un determinado testigo, la no divulgación [siguiera] justificándose porque se [habían solicitado] a

la Dependencia de Víctimas y Testigos medidas menos restrictivas, pero se [consideraran] imposibles de aplicar o insuficientes” (véase el párrafo 31 de la decisión impugnada). La Sala de Cuestiones Preliminares se refirió asimismo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “en virtud de la cual, aunque en algunos casos se pueda permitir la imposición de restricciones a la comunicación de pruebas pertinentes tras haber sopesado los derechos del acusado con los intereses contrapuestos: i) “Sólo son permisibles con arreglo al § 1 del artículo 6 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] las medidas de restricción de los derechos de la Defensa que sean estrictamente necesarias; y ii) “Para garantizar un juicio justo al acusado, toda dificultad causada a la Defensa por una limitación de sus derechos debe quedar debidamente contrabalanceada por el procedimiento que sigan las autoridades judiciales”(véase el párrafo 32 de la decisión impugnada; notas de pie de página omitidas).

2. *Argumentos del Fiscal*

27. El Fiscal afirma que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre los criterios para no divulgar la identidad de los testigos antes de la audiencia de confirmación de los cargos es errónea en dos sentidos. En primer lugar, el Fiscal argumenta que la decisión erró al expresar que la no divulgación de la identidad de los testigos sólo podría caber como excepción, y que la decisión “establece un sistema excesivamente rígido, inclinando desde el principio la balanza a favor de uno de los intereses contrapuestos al crear una *regla general de divulgación* de la identidad de los testigos cuyos testimonios se proponga la Fiscalía hacer valer en la audiencia de confirmación de los cargos” (véase el párrafo 6 del documento justificativo de la apelación; las cursivas son del original). El Fiscal afirma que “la Sala o el Magistrado deberían por el contrario intentar lograr el equilibrio necesario colocando a todos los intereses y valores contrapuestos en pie de igualdad, teniendo en cuenta la menor importancia procesal de la audiencia” (véase el párrafo 7 del documento justificativo de la apelación), y que la decisión sobre las solicitudes de no divulgación “exige una minuciosa ponderación de todos los intereses contrapuestos, situados en pie de igualdad, y de todas las circunstancias pertinentes, en un examen caso por cada caso” (véase el párrafo 12 del documento justificativo de la apelación). El Fiscal aduce asimismo que la Sala de Cuestiones Preliminares no tuvo en cuenta que la audiencia de confirmación de los cargos no es un juicio y que los derechos de la Defensa deben considerarse a la luz de la índole particular de dicha audiencia y del nivel de la prueba exigido (véanse los párrafos 8 a 10 del documento justificativo de la apelación), y que dicha Sala no interpretó debidamente la jurisprudencia del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (párrafo 11 del documento justificativo de la apelación).

28. En segundo lugar, el Fiscal señala que:

“la cuestión de la disponibilidad y la adecuación de las medidas de protección que no sean la no divulgación o la expurgación de los datos identificatorios no debería interpretarse como un requisito previo de carácter preceptivo que haya de agotarse antes de aplicar la subregla 4 de la regla 81, como hace la decisión; más bien, la disponibilidad de dichas medidas puede ser un elemento del análisis general que debe realizar el magistrado o la Sala en cada caso, que incluirá asimismo consideraciones sobre la manera más eficiente de prevenir los peligros para la vida o el bienestar de las víctimas y los testigos o sus familiares.” (Véase el párrafo 12 del documento justificativo de la apelación; nota a pie página omitida).

29. Además de los argumentos específicos en relación con el primer motivo de apelación, el Fiscal expone un argumento general en contra de la decisión impugnada, señalando que el régimen establecido en ella:

“puede afectar muy negativamente al funcionamiento de la Corte, en particular a su capacidad para brindar protección de manera eficaz y racional desde el punto de vista de los recursos. Por ejemplo, al aplicar a la fase de la audiencia de confirmación de los cargos las normas y requisitos que rigen la divulgación en los juicios, la decisión obliga a la Fiscalía y a la Dependencia de Víctimas y Testigos a concentrar todos sus esfuerzos de protección de los testigos antes de dicha audiencia, lo cual hace recaer una carga importante sobre sus limitados recursos. El fallo impugnado no permite optar por otro sistema, que sea más eficiente y vaya ampliando gradualmente la protección acordada a los testigos hasta la fase del juicio.” (Véase el párrafo 3 del documento justificativo de la apelación).

3. *Argumentos del Sr. Thomas Lubanga Dyilo*

30. El abogado del Sr. Thomas Lubanga Dyilo controvierte la argumentación del Fiscal en tres aspectos. En relación con el argumento del Fiscal de que es erróneo decir que la divulgación de la identidad de los testigos es la regla y la no divulgación la excepción, el abogado del Sr. Lubanga Dyilo sostiene en el párrafo 9 de la respuesta al documento justificativo de la apelación que dicho argumento es equivocado, porque el principio de que la divulgación es la regla y la no divulgación la excepción está reconocido en la subregla 1 de la regla 76 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El abogado del Sr. Thomas Lubanga Dyilo señala que el Fiscal no ha cuestionado en ningún momento la aplicabilidad de la subregla 1 de la regla 76 de las Reglas de Procedimiento y Prueba a las actuaciones anteriores a la audiencia de confirmación de los cargos. Sostiene asimismo que a la persona respecto de la cual se

celebra una audiencia de confirmación de los cargos le es imposible defenderse de pruebas expurgadas y que no puede tachar la credibilidad de un testigo sin conocer su identidad; por tal motivo, sólo cabría aceptar la no divulgación con respecto al público, pero no con respecto a la Defensa.

31. En cuanto al argumento del Fiscal de que la Sala de Cuestiones Preliminares no tuvo en cuenta que la audiencia de confirmación de los cargos tiene un carácter diferente al del juicio y que, por consiguiente, las reglas sobre la divulgación deben ajustarse, el abogado del Sr. Lubanga Dyilo señala en el párrafo 10 de la respuesta al documento justificativo de la apelación que dicho argumento es completamente nuevo y no figuraba en las observaciones del Fiscal sobre la divulgación de 6 de abril de 2006. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo indica asimismo que el Fiscal nunca ha cuestionado que, de conformidad con la regla 121 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la persona respecto de la cual se celebra una audiencia de confirmación de los cargos goza de todos los derechos que le confiere el artículo 67 del Estatuto ya en las fases preliminares de las actuaciones. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo sostiene que el argumento del Fiscal sobre el carácter de la audiencia de confirmación de los cargos haría de dicha audiencia una mera formalidad, lo que estaría en contradicción con los derechos de la defensa establecidos en los párrafos 3, 5 y 6 del artículo 61 y en el artículo 67 del Estatuto y con la presunción de inocencia prevista en el artículo 66 del Estatuto (véase el párrafo 11 de la respuesta al documento justificativo de la apelación).

32. En relación con el argumento del Fiscal de que los principios establecidos en la decisión impugnada harían imposible tomar caso por caso una decisión sobre la no divulgación, el abogado del Sr. Lubanga Dyilo aduce en el párrafo 12 de la respuesta al documento justificativo de la apelación que el Fiscal no dejó claro por qué no se podían aplicar los principios caso por caso y que no fundamentó su afirmación.

4. Determinación de la Sala de Apelaciones

33. Respecto del primer motivo de apelación, la Sala de Apelaciones determina que, por las razones expuestas más adelante, la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en un error de derecho al establecer que el Fiscal debía pedir a la Dependencia de Víctimas y Testigos la aplicación de medidas de protección en relación con un testigo como requisito previo para poder solicitar la no divulgación de la identidad de dicho testigo de conformidad con la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

34. No es incorrecto, como afirma el Fiscal, decir que la no divulgación de la identidad de los testigos cuyo testimonio tenga intención de hacer valer el Fiscal en la audiencia de confirmación de los cargos es una excepción. De conformidad con la primera oración de la subregla 1 de la regla 76 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, “[e]l Fiscal comunicará a la defensa los nombres de los testigos que se proponga llamar a declarar en juicio y le entregará copia de las declaraciones anteriores de éstos”. La Regla 76 forma parte del Capítulo 4 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, titulado “Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento”, lo que indica que la regla 76 es también aplicable a la audiencia de confirmación de los cargos. Esta interpretación es compatible con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 63 del Estatuto, que dispone que se “[i]nformará de las pruebas que el Fiscal se proponga presentar en la audiencia” a la persona respecto de la cual se celebre una audiencia de confirmación de los cargos.

35. La afirmación de que pueden producirse excepciones al principio de que los nombres de los testigos y las declaraciones anteriores de éstos deben divulgarse se infiere de la subregla 4 de la regla 76 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, en virtud de la cual “[l]a presente Regla se entenderá sin perjuicio de la protección de la seguridad y la vida privada de las víctimas y los testigos, así como de la información confidencial, según lo dispuesto en el Estatuto y en las Reglas 81 y 82.” Así pues, se hace referencia a la protección de los testigos prevista en la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

36. La consideración de que no revelar el nombre de los testigos y de partes de las declaraciones de éstos es una excepción a la regla general de divulgación no establece, como afirma el Fiscal, un sistema excesivamente rígido en favor de uno de los intereses contrapuestos. Al evaluar una solicitud de no divulgación de la identidad de los testigos o de partes de sus declaraciones, la Sala de Cuestiones Preliminares tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, y evaluará cuidadosamente y caso por caso la solicitud del Fiscal. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que la divulgación de la identidad de los testigos y de sus declaraciones anteriores es la regla y la no divulgación la excepción no excluye dicha evaluación caso por caso. La referencia al carácter excepcional de la no divulgación del nombre de los testigos o de partes de sus declaraciones anteriores hecha en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares no debe entenderse en el sentido de que implica que, necesariamente, sólo dejará de comunicarse a la persona respecto de la cual se celebre una audiencia de confirmación de los cargos la identidad de una cantidad muy

limitada de testigos; la concesión o denegación de una solicitud de no divulgación dependerá de la evaluación que haga caso por caso la Sala de Cuestiones Preliminares.

37. Partiendo de esta lectura de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, ésta también actuó correctamente al determinar que la no divulgación de la identidad de testigos o de partes de declaraciones anteriores de testigos sería autorizada por la Sala de conformidad con la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba sólo después de una evaluación de la imposibilidad de aplicar medidas de protección menos restrictivas o la insuficiencia de éstas. Dicha evaluación ha de realizarse caso por caso. El Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba atribuyen gran importancia a la comunicación a la Defensa, como ponen de manifiesto no sólo el apartado b) del párrafo 3 del artículo 61 del Estatuto y la subregla 1 de la regla 76 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, sino también, por ejemplo, las subreglas 2 (tercera oración) y 5 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. La propia subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba apunta también en esa dirección, al disponer que las salas deben tomar “las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información”. La utilización de la palabra “necesarias” destaca la importancia de la protección de los testigos y la obligación de la Sala a este respecto; al propio tiempo, subraya que las medidas de protección sólo deben restringir los derechos del sospechoso o acusado en la medida que sea necesario.

38. La Sala de Apelaciones no considera persuasivo el argumento del Fiscal de que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, según se explica en los párrafos que anteceden, podría tener consecuencias negativas para el funcionamiento de la Corte, en la medida en que la obligaría a concentrar sus esfuerzos de protección de testigos en la fase anterior a la audiencia de confirmación de los cargos. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre el carácter excepcional de la no divulgación debe leerse como una enunciación más detallada, en el sentido que se ha explicado *supra*, de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y no tiene como consecuencia que la protección de los testigos sea mayor o menor que la prevista en todo caso en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

39. Es de señalar en este contexto que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que la divulgación es la regla y la no divulgación la excepción no puede sino confirmarse, porque puede y debe leerse en el sentido de que permite la evaluación caso por caso de los fundamentos de todas las futuras solicitudes, como se ha expuesto *supra*. Si se leyese la decisión en el sentido de que no permite dicha evaluación caso por caso, la Sala de Cuestiones

Preliminares se habría extralimitado en su competencia y jurisdicción. Con arreglo al párrafo 3 del artículo 61 *in finem* del Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares “podrá dictar providencias respecto de la revelación de información a los efectos de la audiencia [de confirmación de los cargos].” Por otra parte, de conformidad con el apartado b) de la subregla 2 de la regla 121 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, es obligación de la Sala de Cuestiones Preliminares celebrar consultas con el imputado y el Fiscal “para cerciorarse de que esa diligencia tenga lugar en condiciones satisfactorias”. Esas disposiciones asignan a la Sala de Cuestiones Preliminares importantes funciones respecto de la regulación del proceso de divulgación antes de la audiencia de confirmación de los cargos, que podrían comprender, dentro de los límites del derecho aplicable, el establecimiento de directrices procesales para facilitar el proceso de divulgación. Sin embargo, esas disposiciones no confieren a la Sala de Cuestiones Preliminares competencia para predeterminar el fondo de las solicitudes de autorización de no divulgación que se presenten en el futuro en virtud de la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es fundamental que las solicitudes sean objeto de decisión caso por caso.

40. En la medida en que la Sala de Cuestiones Preliminares determinó en la decisión impugnada que, antes de pedir que no se dé a conocer la identidad de un testigo, el Fiscal debe solicitar a la Dependencia de Víctimas y Testigos medidas de protección en relación con ese testigo, la Sala incurrió en un error de derecho. No existe fundamento para tal requisito ni en el Estatuto, ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba, ni en el Reglamento de la Corte. Aunque en muchas situaciones le puede resultar útil al Fiscal solicitar a la Dependencia de Víctimas y Testigos medidas de protección antes de presentar a la Sala de Cuestiones Preliminares una solicitud de no divulgación, sería excesivamente formalista exigir con carácter previo la presentación de tal solicitud a la Dependencia de Víctimas y Testigos. En situaciones en que el Fiscal esté convencido de que no queda más opción que solicitar que no se revele la identidad de un testigo, la presentación previa de esa solicitud a la Dependencia de Víctimas y Testigos no tendría sentido y podría retrasar el procedimiento.

B. Segundo motivo de apelación: alcance temporal de la investigación del Fiscal y de las medidas establecidas en virtud de la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba

41. Como segundo motivo de apelación, el Fiscal aduce que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en un error de derecho al concluir que sólo en circunstancias excepcionales podría el Fiscal llevar a cabo investigaciones después de la audiencia de

confirmación de los cargos y que, en consecuencia, las medidas adoptadas en virtud de la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba no se podrían mantener más allá de la iniciación del plazo de 15 días previsto en las subreglas 4 y 5 de la regla 121 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

1. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares

42. El segundo motivo de apelación se deriva de la determinación de la Sala de Cuestiones Preliminares (página 23 de la decisión impugnada) de que “las expurgaciones que se hayan hecho en relación con las declaraciones de los testigos cuyo testimonio oral o escrito se proponga hacer valer la Fiscalía en la audiencia de confirmación de los cargos, con el fin de no perjudicar las investigaciones que se están llevando a cabo en la causa seguida contra Thomas Lubanga Dyilo: i) serán temporales y ii) no se mantendrán más allá de la iniciación del plazo de 15 días previsto en las subreglas 4 y 5 de la regla 121 de las Reglas”.

43. Dicha determinación se adoptó en el contexto de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre el sistema final de divulgación, en la que la Sala determinó que el Fiscal debía comunicar al Sr. Lubanga Dyilo el nombre de un testigo determinado y una copia de las declaraciones que él o ella hubiese formulado anteriormente tan pronto como decidiera hacer valer su testimonio en la audiencia de confirmación de los cargos “a menos que la magistrada única autorizase otra cosa de conformidad con la regla 81” (véase la página 6 de la decisión sobre el sistema final de divulgación).

44. La determinación contenida en la decisión impugnada que constituye el objeto del segundo motivo de apelación limita, pues, el alcance temporal de las expurgaciones realizadas en las declaraciones de los testigos cuyo testimonio tenga intención de hacer valer el Fiscal en la audiencia de confirmación de los cargos: las expurgaciones realizadas en las declaraciones de los testigos que habían sido autorizadas de conformidad con la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba a fin de no perjudicar las investigaciones en curso sobre el Sr. Lubanga Dyilo no podían mantenerse más allá de 15 días antes de la audiencia de confirmación de los cargos.

45. La determinación de la Sala de Cuestiones Preliminares está basada en la conclusión de que “la investigación sobre el presente caso deberá finalizar cuando se inicie la audiencia de confirmación de los cargos, salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen posteriormente actos aislados de investigación” (véase el párrafo 39 de la decisión impugnada; nota a pie de página omitida). En el párrafo 39 de la decisión impugnada, la Sala

de Cuestiones Preliminares hizo referencia al razonamiento contenido en su anterior decisión sobre el sistema final de divulgación, en el párrafo 130 de cuyo anexo había afirmado que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 61 del Estatuto, “el Fiscal podrá proseguir la investigación y modificar o retirar los cargos” antes de la audiencia de confirmación de los cargos, pero que ninguna disposición del Estatuto ni de las Reglas de Procedimiento y Prueba confería expresamente al Fiscal el derecho a proseguir la investigación después de dicha audiencia. Esta interpretación se expuso más pormenorizadamente en la nota de pie de página 60 del párrafo 38 de la decisión por la que se concedió autorización para apelar, en la que la Sala de Cuestiones Preliminares explicó que la conclusión de que, salvo que concurrieran circunstancias excepcionales, la investigación debería finalizar cuando se iniciara la audiencia de confirmación de los cargos

“se deriva de la interpretación literal de los párrafos 4 y 9 del artículo 61 del Estatuto, por cuanto, aunque el primero establece expresamente que la investigación podrá proseguir antes de la audiencia de confirmación de los cargos, el segundo no otorga a la Fiscalía esa facultad una vez confirmados los cargos. Además, esta conclusión viene apoyada por una interpretación contextual del artículo 61 del Estatuto, a la luz de i) la inexistencia de otras disposiciones estatutarias que amplíen expresamente la investigación de un caso dado más allá de la audiencia de confirmación de los cargos, y ii) la estructura del Estatuto, que primero regula la investigación y el enjuiciamiento en la Parte V (incluidas las atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones previstas en el artículo 54 del Estatuto) y luego regula en la Parte VI las actuaciones posteriores a la confirmación de los cargos. Esta conclusión también está respaldada por el objeto y el fin del artículo 61 del Estatuto, que procura impedir que la Fiscalía modifique rutinariamente y de manera sustancial la estructura probatoria de la causa incoada contra el acusado entre la confirmación de los cargos y la iniciación del juicio. Tal modificación sería contraria a los derechos procesales del acusado a prepararse debidamente para la audiencia de confirmación de los cargos y participar en ella que le confiere el artículo 61 del Estatuto”.

2. *Argumentos del Fiscal*

46. El Fiscal aduce que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que las expurgaciones que se realicen en las declaraciones de testigos de conformidad con la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba serán temporales y no podrán mantenerse más allá de los plazos establecidos en las subreglas 4 y 5 de la regla 121 de las Reglas de Procedimiento y Prueba es errónea, porque supone equivocadamente que, salvo en circunstancias excepcionales, el Fiscal deberá haber concluido su investigación sobre el presente caso cuando se inicie la audiencia de confirmación de los cargos (véase el párrafo 23 del documento justificativo de la apelación). El Fiscal reconoce que, por lo general, cabe

esperar que, en el momento en que comience la audiencia de confirmación de los cargos, se esté preparado para el juicio, y, por consiguiente, no está en desacuerdo con las consideraciones axiológicas implícitas en la decisión impugnada. Sin embargo, entiende que dicha expectativa no debería elevarse al nivel de una obligación jurídica (véase el párrafo 14 del documento justificativo de la apelación).

47. A juicio del Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares pasó por alto el hecho de que, con arreglo al párrafo 9 del artículo 61 del Estatuto, los cargos pueden modificarse después de la audiencia para su confirmación, lo que “necesariamente implica la posibilidad de que las investigaciones prosigan después de la audiencia de confirmación de los cargos” y de que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que después de dicha audiencia sólo se podrían llevar a cabo investigaciones en circunstancias excepcionales significaba también que los cargos podrían modificarse en circunstancias excepcionales (véase el párrafo 17 del documento justificativo de la apelación). Ese resultado, según el Fiscal, sería contrario a lo establecido en el párrafo 9 del artículo 61 del Estatuto, que no prevé que los cargos sólo puedan modificarse en circunstancias excepcionales (véase el párrafo 17 del documento justificativo de la apelación). Respecto del razonamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares de que la realización de investigaciones posteriores a la audiencia de confirmación de los cargos podría redundar en perjuicio del acusado, el Fiscal opina que las investigaciones posteriores sólo podrían beneficiarlo, ya que la Fiscalía está obligada a investigar tanto las circunstancias incriminatorias como las eximentes (véase el párrafo 20 del documento justificativo de la apelación). Asimismo, el Fiscal sostiene que los intereses del acusado están adecuadamente protegidos, ya que podría oponerse a la modificación de los cargos y, en cualquier caso, tiene derecho a la divulgación a su debido tiempo (véanse los párrafos 21 y 22 del documento justificativo de la apelación). El Fiscal también hace referencia a la índole especial de la Corte y a las características de las situaciones de que debe conocer, “que imponen que tal vez se deban llevar a cabo con cierta frecuencia labores adicionales de investigación después de la audiencia de confirmación de los cargos”. El Fiscal sostiene que, como las situaciones que investiga actualmente la Corte se refieren a conflictos en curso, puede ocurrir que sólo se obtengan pruebas más convincentes después de la audiencia de confirmación de los cargos, y hace especial referencia a las repercusiones que podrían tener los problemas de seguridad y logística en la capacidad del Fiscal para lograr que algunas investigaciones iniciadas antes de la audiencia de confirmación de los cargos hayan culminado a la fecha de la audiencia. El Fiscal aduce además que tal vez sea posible obtener acceso a pruebas adicionales cuando una zona objeto de investigación se vuelve más segura

(véase el párrafo 18 del documento justificativo de la apelación). El Fiscal se remite a la práctica del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, en la cual se manifiestan las atribuciones del Fiscal para llevar a cabo investigaciones después de la confirmación de los cargos (véase el párrafo 24 del documento justificativo de la apelación).

3. *Argumentos del Sr. Thomas Lubanga Dyilo*

48. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo controvierte los argumentos del Fiscal relativos al segundo motivo de apelación. En el párrafo 15 de la respuesta al documento justificativo de la apelación, observa que la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que, salvo en circunstancias excepcionales, la investigación sobre el Sr. Lubanga Dyilo debería haber concluido cuando se inicie la audiencia de confirmación de los cargos estaba basada en un argumento *a contrario* derivado de una interpretación literal del párrafo 4 del artículo 61 del Estatuto, y que la Sala de Cuestiones Preliminares no empleó un método de interpretación teleológico. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo aduce que el Fiscal, de conformidad con el artículo 54 del Estatuto, tiene la obligación de investigar la veracidad de los hechos antes de elevar la cuestión a la Sala de Cuestiones Preliminares, y hace referencia al párrafo 2 del artículo 53 del Estatuto y a los criterios en él establecidos para que la Fiscalía decida no proceder al enjuiciamiento; afirma que, habida cuenta de que la privación de libertad es una cuestión seria, el Fiscal, antes de solicitar que se prive de libertad a un sospechoso, tiene la obligación de comprobar primeramente que cuenta con suficientes pruebas en contra de la persona y de evaluar tanto las incriminatorias como las eximentes (véase el párrafo 17 de la respuesta al documento justificativo de la apelación). Asimismo, en el párrafo 18 de la respuesta al documento justificativo de la apelación, el abogado del Sr. Lubanga Dyilo sostiene que el Fiscal no ha conseguido demostrar en términos concretos y precisos cuáles son los problemas que han surgido en el curso de las investigaciones sobre el Sr. Lubanga Dyilo que hagan necesario proseguir la investigación después de la audiencia de confirmación de los cargos. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo sostiene, formulando un argumento subsidiario, que si las investigaciones no han podido llevarse a cabo a tiempo debido al conflicto que se vive en la región, el Fiscal tendría que considerar la posibilidad de concluir que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento con arreglo al apartado c) del párrafo 2 del artículo 53 del Estatuto, porque de otro modo el procedimiento podría resultar excesivamente largo, lo que vulneraría los derechos del acusado (véase el párrafo 19 de la respuesta al documento justificativo de la apelación).

4. *Determinación de la Sala de Apelaciones*

49. En relación con el segundo motivo de apelación, la Sala de Apelaciones determina que, por las razones expuestas más adelante, la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en error al concluir que las investigaciones que lleva a cabo el Fiscal sobre el Sr. Lubanga Dyilo deben finalizar antes de la audiencia de confirmación de los cargos, salvo en circunstancias excepcionales que puedan justificar actos aislados de investigación.

50. La conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que “la investigación sobre el presente caso deberá finalizar cuando se inicie la audiencia de confirmación de los cargos, salvo que concurran circunstancias excepcionales” (párrafo 39 de la decisión impugnada) es ambigua. No queda claro si la expresión “investigación sobre el presente caso” se refiere a la investigación sobre el Sr. Lubanga Dyilo respecto de los cargos específicos que el Fiscal tiene intención de imputarle en la próxima audiencia de confirmación de los cargos, o si se extiende a las investigaciones sobre la posible responsabilidad penal del Sr. Thomas Lubanga Dyilo por otros actos no comprendidos en los cargos. Como se explica a continuación, ambas lecturas son incompatibles con el Estatuto.

51. La segunda lectura, que impediría la investigación de crímenes no comprendidos en los cargos, no estaría de conformidad con el Estatuto por la siguiente razón: con arreglo al artículo 61 del Estatuto, la audiencia de confirmación de los cargos está limitada a los cargos específicos comprendidos en el documento que contiene los cargos. El documento que contiene los cargos es una afirmación del Fiscal de que tiene la intención de pedir el procesamiento de una persona por los crímenes específicos enunciados en el documento; *no* es una afirmación de que no intentará pedir el procesamiento del detenido por *otros* crímenes en el futuro. Por otra parte, la limitación del derecho del Fiscal a investigar otros presuntos crímenes del detenido sería incompatible con el párrafo 9 del artículo 61 del Estatuto. En dicha disposición se prevé, en particular, la posibilidad de añadir nuevos cargos hasta la iniciación del juicio. Por lo tanto, el Fiscal debe poder proseguir sus investigaciones sobre los crímenes que no estén comprendidos en el documento en que se han formulado los cargos.

52. Aun cuando se entienda que la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares sólo se aplica a la investigación sobre el crimen específico y concreto del que el Fiscal tiene intención de acusar al detenido, la conclusión es incorrecta. Con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 del Estatuto, el Fiscal “[a] fin de establecer la veracidad de los hechos, ampliará la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para

determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto y, a esos efectos, investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes”. El deber de establecer la veracidad de los hechos no se limita al periodo anterior a la audiencia de confirmación de los cargos. Por consiguiente, debe permitirse que el Fiscal prosiga la investigación más allá de la audiencia de confirmación de los cargos, si ello es necesario para establecer la veracidad de los hechos. Esa posibilidad se confirma en el párrafo 9 del artículo 61 del Estatuto, que establece, entre otras cosas, que los cargos se pueden modificar antes de que dé comienzo el juicio. Como señaló acertadamente el Fiscal, esa disposición indica que la investigación no tiene que detenerse antes de la audiencia de confirmación de los cargos.

53. La Sala de Apelaciones no considera persuasiva la interpretación del párrafo 4 del artículo 61 del Estatuto hecha por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Cuestiones Preliminares tiene razón al afirmar que, mientras que en el párrafo 4 del artículo 61 del Estatuto se hace referencia a las investigaciones anteriores a la audiencia de confirmación de los cargos, en ninguna parte del Estatuto se alude a investigaciones posteriores a dicha audiencia. Sin embargo, no hay justificación para conceder a esa omisión tanta importancia como le da la Sala de Cuestiones Preliminares. En el artículo 61 del Estatuto se describe la secuencia de los hechos relacionados con la confirmación de los cargos. Con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del artículo 61 del Estatuto, el Fiscal debe proporcionar al imputado un ejemplar del documento en que se formulen los cargos “[d]entro de un plazo razonable antes de la audiencia”. En el párrafo 4 del artículo 61 del Estatuto se aclara que la entrega del documento en que se formulen los cargos no limita la flexibilidad con la que el Fiscal puede actuar respecto de los cargos imputados. Antes de la audiencia de confirmación de los cargos, el Fiscal puede proseguir su investigación y modificar o retirar los cargos sin permiso de la Sala de Cuestiones Preliminares. Tal flexibilidad del Fiscal es más limitada después de la confirmación de los cargos en lo tocante a modificar, añadir o retirar cargos: con arreglo al párrafo 9 del artículo 61 del Estatuto, una vez confirmados los cargos, el Fiscal *sólo* podrá modificarlos con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares; para presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, es preciso celebrar una nueva audiencia de confirmación de los cargos; una vez comenzado el juicio sólo es posible retirar los cargos con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. El hecho de que en el párrafo 9 del artículo 61 del Estatuto no se haga referencia a la investigación indica que la flexibilidad que se le reconoce al Fiscal respecto de la investigación en el párrafo 4 del artículo 61 del Estatuto no se ve afectada por la confirmación de los cargos; el Fiscal no necesita solicitar autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para proseguir su investigación. Además, como señaló

acertadamente el Fiscal en el párrafo 17 del documento justificativo de la apelación, la posibilidad de modificar los cargos después de su confirmación, aunque sea con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, debe significar necesariamente que la investigación podía proseguir después de la audiencia de confirmación de los cargos. De no ser así, la única finalidad del párrafo 9 del artículo 61 del Estatuto respecto de la modificación o el retiro de los cargos confirmados sería permitir que el Fiscal corrigiera errores en la evaluación de las pruebas.

54. La Sala de Apelaciones observa que, idealmente, sería conveniente que la investigación hubiese finalizado antes de la audiencia de confirmación de los cargos – cosa que el Fiscal reconoce (véase el párrafo 14 del documento justificativo de la apelación, mencionado en el párrafo 45 *supra*). Sin embargo, por las razones expuestas más arriba, el Estatuto no lo exige. La Sala de Apelaciones acepta el argumento del Fiscal de que, en determinadas circunstancias, excluir la posibilidad de que prosiga la investigación después de la audiencia de confirmación de los cargos puede privar a la Corte de pruebas significativas y pertinentes, incluidas pruebas potencialmente eximentes – en particular en situaciones en que, por tratarse de un conflicto en curso, se puedan obtener por primera vez pruebas más concluyentes después de dicha audiencia (véanse los párrafos 18 y 20 del documento justificativo de la apelación mencionados en el párrafo 46 *supra*).

55. La Sala de Apelaciones tampoco considera persuasiva la opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares expresada en el párrafo 38 de la decisión por la que se concede autorización para apelar, en el que afirma, entre otras cosas, que es preciso impedir que el Fiscal “emprenda rutinariamente nuevas medidas de investigación destinadas a colmar las lagunas existentes en la causa incoada contra Thomas Lubanga Dyilo una vez confirmados los cargos de forma que, cuando se inicie el juicio, la estructura probatoria de la causa contra la cual Thomas Lubanga Dyilo deba prepararse haya cambiado sustancialmente en detrimento suyo”. Como ha indicado acertadamente el Fiscal en los párrafos 21 y 22 del documento justificativo de la apelación, en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Prueba se prevén mecanismos para garantizar que el sospechoso pueda prepararse adecuadamente para el juicio aunque la investigación de los crímenes que se le imputan prosiga más allá de la audiencia de confirmación de los cargos. En particular, la obligación del Fiscal de divulgar los documentos y la información no cesa una vez confirmados los cargos. Si en el curso de investigaciones posteriores a la audiencia de confirmación de los cargos el Fiscal descubre nuevas pruebas que tenga intención de hacer valer en el juicio o que resulten eximentes,

dichas pruebas deben darse a conocer al detenido, según lo dispuesto en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Pruebas. Con arreglo al apartado c) del párrafo 3 del artículo 64 del Estatuto, la Sala de Primera Instancia “dispondrá la divulgación de los documentos o de la información que no se hayan divulgado anteriormente, con suficiente antelación al comienzo del juicio como para permitir su preparación adecuada.” Por consiguiente, los derechos de la Defensa a disponer de tiempo y de medios suficientes para preparar el juicio pueden salvaguardarse aunque la investigación prosiga más allá de la confirmación de los cargos.

56. La Sala de Apelaciones no ve fundamento alguno en el argumento expuesto por el abogado del Sr. Lubanga Dyilo de que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 53 del Estatuto, el Fiscal tiene la obligación de concluir las investigaciones antes de elevar la cuestión a la Sala de Cuestiones Preliminares incluso para solicitar una orden de detención. El párrafo 2 del artículo 53 se refiere a una situación en la que el Fiscal ha llegado a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, por lo que decide *no* proseguir con éste. Por otra parte, se pueden tomar medidas *conducentes* al enjuiciamiento durante una investigación en curso: con arreglo al párrafo 1 del artículo 58 del Estatuto, se podrá dictar una orden de detención “[e]n cualquier momento después de iniciada la investigación”, siempre que la Sala de Cuestiones Preliminares, basándose en la solicitud del Fiscal, estuviere convencida en particular de que “[h]ay motivo razonable para creer que [la persona] ha cometido un crimen de la competencia de la Corte”. La Sala de Cuestiones Preliminares puede encontrar “motivos razonables para creer” incluso antes de que concluyan las investigaciones, por considerar suficientes las pruebas u otra información presentadas por el Fiscal. Análogamente, el nivel de exigencia para la confirmación de los cargos (“motivos fundados”, párrafo 7 del artículo 61 del Estatuto) es menor que para el fallo condenatorio (“más allá de toda duda razonable”, párrafo 3 del artículo 66 del Estatuto) y puede estar convencida antes de que finalice la investigación. Si como consecuencia de nuevas investigaciones el Fiscal revisa su hipótesis sobre la responsabilidad del acusado respecto de los crímenes que se le imputan, podrá solicitar, dentro de los límites del párrafo 9 del artículo 61 del Estatuto, autorización para modificar o retirar los cargos, según proceda.

57. Basándose en su incorrecta opinión sobre el alcance temporal del derecho del Fiscal a investigar, la Sala de Cuestiones Preliminares decidió que las expurgaciones que se realizaran con objeto de no perjudicar las investigaciones en curso no podían mantenerse más allá de 15 días antes del inicio de la audiencia de confirmación de los cargos. La Sala de Apelaciones en el presente caso no examinará si esta decisión sobre el alcance temporal de las expurgaciones

podría sustentarse en otros motivos. Como se explicó en el párrafo 39 *supra*, la Sala de Cuestiones Preliminares no tiene competencia para predeterminar el fondo de las solicitudes de autorización de no divulgación que se presenten en el futuro en virtud de la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por tanto, al no haber solicitudes específicas, la Sala de Apelaciones no proseguirá examinando la cuestión.

C. Tercer motivo de apelación: el régimen que comporta la expresión “*ex parte*” en el contexto de las solicitudes presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81

58. Como tercer motivo de apelación, el Fiscal aduce que la Sala de Cuestiones Preliminares incurrió en un error de derecho al determinar que el Sr. Lubanga Dyilo debe ser informado, sin excepción, de la existencia y los fundamentos jurídicos de cualquier solicitud que el Fiscal presente *ex parte* en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

1. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares

59. El tercer motivo de apelación tiene su origen en una determinación de la Sala de Cuestiones Preliminares que figura en la página 19 de la decisión impugnada según la cual “todas las solicitudes que formule en el futuro la Fiscalía de conformidad con la subregla 2 de la regla 81 habrán de presentarse *inter partes* a fin de notificar a la Defensa la existencia de la solicitud y sus fundamentos jurídicos”, y de la determinación que figura en la página 20 de la decisión impugnada de que “todas las solicitudes de que se restrinja la divulgación con arreglo a la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas que formulen en el futuro la Fiscalía o la Defensa se presentarán *inter partes* a fin de informar a la otra parte de la existencia de la solicitud y de sus fundamentos jurídicos, y de cualquier solicitud de procedimiento *ex parte* que contenga dicha solicitud”. De ser necesario, los pormenores de dichas solicitudes se presentarán *ex parte* en un anexo a las solicitudes (véanse las páginas 19 y 20 de la decisión impugnada). En la decisión impugnada se prevé una serie de derechos procesales del participante que se derivan de esas determinaciones (véanse las determinaciones de la Sala de Cuestiones Preliminares contenidas en los apartados ii) a viii) de las páginas 20 a 22 de la decisión impugnada respecto de las solicitudes presentadas en virtud de la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y las determinaciones contenidas en los apartados ii) a viii) de las páginas 20 a 22 de la decisión impugnada respecto de las solicitudes presentadas en virtud de la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

60. La Sala de Cuestiones Preliminares derivó la obligación de presentar *inter partes* las solicitudes formuladas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como de presentar *ex parte* sólo los pormenores de las solicitudes que requirieran tal trato, del derecho de la persona respecto de la cual se celebra una audiencia de confirmación de los cargos a estar presente en dicha audiencia, por cuanto ese derecho se extiende a todos los procedimientos anteriores a la audiencia (véase el párrafo 8 de la decisión impugnada). La Sala de Cuestiones Preliminares señaló que en varias disposiciones del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Prueba se prevén procedimientos *ex parte*, pero que los procedimientos *ex parte* eran la excepción y no la regla general (véanse los párrafos 9 a 12 de la decisión impugnada). La Sala de Cuestiones Preliminares estimó asimismo que:

“[...] en la medida en que los procedimientos *ex parte* en ausencia de la Defensa constituyen una restricción de los derechos de la Defensa, los procedimientos *ex parte* con arreglo a la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas sólo se autorizarán si la Fiscalía demuestra en su solicitud que:

- i. tienen un objetivo suficientemente importante;
- ii. son necesarios en el sentido de que ninguna medida menos restrictiva sería suficiente para lograr un resultado análogo; y
- iii. el perjuicio para el interés de la Defensa en desempeñar un papel más activo en los procedimientos será proporcional a los beneficios que se deriven de dicha medida.” (Véase el párrafo 13 de la decisión impugnada; nota a pie de página omitida).

61. La Sala de Cuestiones Preliminares hizo referencia a la subnorma 4 de la norma 24 del Reglamento de la Secretaría, a la práctica de las jurisdicciones nacionales y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse los párrafos 14 y 15 de la decisión impugnada), así como a la decisión oral de la Sala de Cuestiones Preliminares de 26 de abril de 2006, en que la Sala estableció que:

“es opinión de la Sala que lo que realmente puede contribuir a proteger a las víctimas y los testigos y a preservar las investigaciones en curso y proteger la confidencialidad de la información es impedir que la Defensa tenga acceso al contenido específico de las actuaciones seguidas en virtud de las reglas 81 y 82 de las Reglas, y no impedir que la defensa conozca la existencia de dichas actuaciones” (cita tomada del párrafo 16 de la decisión impugnada).

2. *Argumentos del Fiscal*

62. El Fiscal presenta tres argumentos generales en su tercer motivo de apelación. En primer lugar, afirma que puede haber solicitudes *ex parte* de las que no tenga conocimiento la otra parte y que, por ello, la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares interpreta

erróneamente el significado de la expresión *ex parte* e incurre en un error de derecho. Cita ejemplos de jurisdicciones nacionales e internacionales en los que la otra parte en el procedimiento no siempre está enterada de la existencia de una solicitud *ex parte* (véanse los párrafos 27 a 29 del documento justificativo de la apelación). En segundo lugar, cuestiona la suposición de la Sala de Cuestiones Preliminares de que no comunicar a la Defensa que se ha presentado una solicitud en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba nunca podría servir para proteger la confidencialidad de la información; sostiene que puede haber situaciones en las cuales comunicar la existencia de una solicitud podría “equivaler a revelar la identidad de quien la haya proporcionado” (véase el párrafo 31 del documento justificativo de la apelación). En tercer lugar, el Fiscal sostiene que la suposición de la Sala de Cuestiones Preliminares de que las solicitudes *ex parte* son siempre perjudiciales para la Defensa no es necesariamente correcta, y cita como ejemplo las expurgaciones que se hagan en declaraciones de testigos que no estén relacionadas con la persona respecto de la cual se celebra una audiencia de confirmación de los cargos (véase el párrafo 33 del documento justificativo de la apelación); habida cuenta del interés en la protección a las víctimas y en la protección de las investigaciones en curso respecto de otros sospechosos, el Fiscal afirma que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares no era lo suficientemente flexible (véase el párrafo 34 del documento justificativo de la apelación) y no debería haberse convertido en un estándar jurídico obligatorio (véase el párrafo 35 del documento justificativo de la apelación).

3. *Argumentos del Sr. Thomas Lubanga Dyilo*

63. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo señala, en el párrafo 20 de la respuesta al documento justificativo de la apelación, que en ninguna parte de la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba se establece que la solicitud del Fiscal debe presentarse *ex parte*; la subregla 2 de la regla 81 sólo dispone que se celebrará una vista *ex parte* para tratar la cuestión. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo hace referencia a los derechos de la persona respecto de la cual tiene lugar una audiencia de confirmación de los cargos y al principio de que cualquier restricción de esos derechos debe ser proporcional (véanse los párrafos 20 a 23 de la respuesta al documento justificativo de la apelación); indica que si no se notifica a la Defensa que se ha presentado una solicitud *ex parte*, las actuaciones serían totalmente secretas, lo cual sería incompatible con los derechos fundamentales (véase el párrafo 24 de la respuesta al documento justificativo de la apelación).

64. El abogado del Sr. Lubanga Dyilo controvierte el argumento del Fiscal de que la Defensa puede identificar la fuente de información con sólo tener conocimiento de que el Fiscal ha presentado una solicitud (véase el párrafo 23 de respuesta al documento justificativo de la apelación).

4. *Determinación de la Sala de Apelaciones*

65. En relación con el tercer motivo de apelación, la Sala de Apelaciones determina que, por los motivos expuestos más adelante, la determinación de la Sala de Cuestiones Preliminares de que, siempre que se presente *ex parte* una solicitud de conformidad con las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, se deberá dar al otro participante, en una presentación *inter partes*, conocimiento de que se ha presentado dicha solicitud, así como de sus fundamentos jurídicos y, respecto de las solicitudes presentadas en virtud de la subregla 4 de la regla 81, de cualquier solicitud de procedimiento *ex parte* que contenga dicha solicitud, es errónea en la medida en que no prevé excepción alguna.

66. Esta determinación de la Sala de Cuestiones Preliminares debe considerarse teniendo en cuenta la discrecionalidad de las Salas para determinar, en el marco del derecho aplicable, si las solicitudes de los participantes se mantienen *ex parte* o se formulan *inter partes*, y si las actuaciones se llevan a cabo *ex parte* o no. La determinación de la Sala de Cuestiones Preliminares que constituye el objeto del tercer motivo de apelación es un ejercicio anticipado y general de dicha discrecionalidad por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares.

67. La determinación de la Sala de Cuestiones Preliminares que constituye el objeto del tercer motivo de apelación no prevé ningún grado de flexibilidad. El enfoque de la Sala según el cual el otro participante debe ser informado de la presentación de una solicitud de procedimiento *ex parte* y de sus fundamentos jurídicos es, en principio, inobjetable. No obstante, puede haber casos en que ese enfoque no sea adecuado. Si se afirma que existe un caso de esa índole, la solicitud deberá examinarse en función de los hechos específicos a que se refiera y de manera compatible con los estándares internacionalmente reconocidos en materia de derechos humanos, como lo exige el Estatuto en el párrafo 3 del artículo 21. Al adoptar una determinación que no admite ningún grado de flexibilidad, la Sala de Cuestiones Preliminares impide abordar debidamente estos casos.

D. Medidas apropiadas

68. De conformidad con la subregla 1 de la regla 158 de las Reglas de Procedimiento y

Prueba, la Sala de Apelaciones que conozca de una apelación interpuesta en virtud del apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto podrá “confirmar, dejar sin efecto o modificar la decisión apelada”.

69. En el párrafo 36 del documento justificativo de la apelación, el Fiscal pide a la Sala de Apelaciones que “acepte los motivos de la apelación interpuesta por la Fiscalía, deje sin efecto los “principios generales” que han sido impugnados y sustituya con sus propias conclusiones jurídicas las formuladas por la magistrada única en relación con dichos principios, de conformidad con los argumentos expuestos en [el documento justificativo de la apelación]”.

70. En la página 12 de la respuesta al documento justificativo de la apelación, el abogado del Sr. Lubanga Dyilo pide a la Sala de Apelaciones que desestime la apelación interpuesta por el Fiscal.

71. Las medidas solicitadas por el Fiscal sólo pueden otorgarse parcialmente.

72. Respecto del primer motivo de la apelación interpuesta por el Fiscal, la Sala de Apelaciones ha determinado que no era errónea la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, recogida en la página 22 de la decisión impugnada, de que la no comunicación a la persona respecto de la cual se celebra una audiencia de confirmación de los cargos de la identidad de los testigos y las declaraciones anteriores de éstos con el fin de proteger a las víctimas, de conformidad con la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, sólo podrá autorizarse previa evaluación del carácter excepcional de la solicitud y la imposibilidad de adoptar medidas de protección menos restrictivas o la insuficiencia de dichas medidas. Por consiguiente, se confirma la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares a este respecto.

73. En la medida en que la Sala de Cuestiones Preliminares determinó que el Fiscal, antes de pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que no se divulgue la identidad de un determinado testigo, debía solicitar a la Dependencia de Víctimas y Testigos medidas de protección en relación con ese testigo (véanse las páginas 22 y 23 de la decisión impugnada), la Sala de Apelaciones ha determinado que dicha decisión era errónea. Por consiguiente, se revoca la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares a ese respecto.

74. Con respecto al segundo motivo de la apelación interpuesta por el Fiscal, la Sala de Apelaciones ha determinado que la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa al alcance temporal del derecho del Fiscal a investigar era incorrecta. Por consiguiente, debe

revocarse la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que “las expurgaciones que se hayan hecho en relación con las declaraciones de testigos cuyo testimonio oral o escrito se proponga hacer valer la Fiscalía en la audiencia de confirmación de los cargos, con el fin de no perjudicar las investigaciones que se están llevando a cabo en la causa seguida contra Thomas Lubanga Dyilo: i) serán temporales y ii) no se mantendrán más allá de la iniciación del plazo de 15 días previsto en las subreglas 4 y 5 de la regla 121 de las Reglas”, que se fundó únicamente en la conclusión errónea de la Sala de Cuestiones Preliminares.

75. En cuanto al tercer motivo de la apelación interpuesta por el Fiscal, la Sala de Apelaciones ha determinado que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que siempre que se presente *ex parte* una solicitud en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, se deberá dar al otro participante, en una presentación *inter partes*, conocimiento de que se ha presentado de dicha solicitud, así como de sus fundamentos jurídicos, y, respecto de las solicitudes presentadas en virtud de la subregla 4 de la regla 81, de cualquier solicitud de procedimiento *ex parte* que contenga esa solicitud, es errónea en la medida en que la decisión no prevé excepción alguna. La Sala de Apelaciones determina que procede revocar íntegramente la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares con respecto a las solicitudes *ex parte*. Dicha determinación se deriva de la siguiente consideración: la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares que constituye el objeto del tercer motivo de la apelación es un ejercicio anticipado de la discrecionalidad de dicha Sala. Si la Sala de Apelaciones modificase la decisión para permitir una mayor flexibilidad, estaría ejerciendo su discrecionalidad en lugar de la Sala de Cuestiones Preliminares, lo que, en el presente caso, no sería apropiado, en particular porque la discrecionalidad fue ejercida en abstracto

76. Asimismo, se revoca la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares en lo que se refiere a las solicitudes presentadas por el Sr. Lubanga Dyilo en virtud de la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Habida cuenta de que se ha detectado un error en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, procede en el presente caso corregir dicho error también respecto del otro participante, por cuanto el error se comete en la misma decisión.

77. Habida cuenta de que se revoca la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que siempre que se presente *ex parte* una solicitud en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, se deberá dar al otro participante, en una presentación *inter partes*, conocimiento de que se ha presentado dicha solicitud, así como de

sus fundamentos jurídicos, se revocan asimismo las decisiones conexas de la Sala de Cuestiones Preliminares contenidas en los apartados ii) a vi) de las páginas 19 y 20 de la decisión impugnada respecto de las solicitudes presentadas en virtud de la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba y las decisiones conexas contenidas en los apartados ii) a viii) de las páginas 20 a 22 de la decisión impugnada respecto de las solicitudes presentadas en virtud de la subregla 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

El Magistrado Pikis adjunta a la presente sentencia una opinión disidente.

Hecho en inglés y francés, siendo auténtica la versión en inglés.

/firmado/

Magistrado Sang-Hyun Song
Magistrado presidente

Hecho el 13 de octubre de 2006

En La Haya (Países Bajos)

Opinión disidente del magistrado Georghios M. Piki

1. En el Estatuto se dispone que una Sala de Cuestiones Preliminares puede designar (nombrar) a uno de sus miembros para ejercer, con sujeción a las limitaciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 57 del Estatuto, su competencia en cualquier asunto pendiente ante la Corte (véase asimismo el inciso iii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 39). En el ejercicio de esa facultad, la Sala de Cuestiones Preliminares I designó a la magistrada Steiner para conocer de los asuntos previos a la audiencia de confirmación de los cargos que se le imputan al Sr. Lubanga Dyilo¹.

2. En el apartado b) de la subregla 2 de la regla 121 de las Reglas de Procedimiento y Prueba se prevé expresamente que el magistrado único al que se haya encomendado la tarea mencionada podrá celebrar consultas “para cerciorarse de que esa diligencia [de divulgación] tenga lugar en condiciones satisfactorias”. Abordando dichas cuestiones, la magistrada única invitó² a las partes a presentar sus observaciones y poco después escuchó directamente sus observaciones orales en una audiencia³ convocada con un orden del día⁴, esto es, una lista de los puntos que debía examinar la Sala, a fin de tratar de las cuestiones relativas a la divulgación de información y documentación. Las partes presentaron sus observaciones por escrito⁵ y posteriormente de forma oral en la audiencia ante la Sala de Cuestiones Preliminares, y las complementaron con otros escritos⁶. Los puntos 9 y 10 del orden del día estaban destinados a aclarar la intención del Fiscal de presentar solicitudes de no divulgación de las declaraciones de testigos o de partes de ellas. De hecho, el día de la vista oral, el Fiscal

¹ *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión por la que se designa una magistrada única en el caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, 22 de marzo de 2006 (ICC-01/04-01/06-51).

² Véanse los documentos *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión en la que se pide al Fiscal y al abogado de oficio de la Defensa que presenten observaciones sobre el sistema de divulgación y el establecimiento de un sistema provisional de divulgación, 23 de marzo de 2006 (ICC-01/04-01/06-54) y Decisión en la que se pide al Fiscal y al abogado de oficio de la Defensa que presenten observaciones adicionales sobre el sistema de divulgación, 27 de marzo de 2006 (ICC-01/04-01/06-58).

³ Véase la transcripción de la vista celebrada el 24 de abril de 2006 (ICC-01-04-01-06-T-4-CONF-EN), reanudada el 26 de abril de 2006 (ICC-01-04-01-06-T-5-CONF-EN).

⁴ Véase el documento *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre el orden del día de la vista de 24 de abril de 2006, 20 de abril de 2006 (ICC-01/04-01/06-82).

⁵ Véase el documento *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Observaciones del Fiscal sobre la divulgación, 6 de abril de 2006 (ICC-01/04-01/06-67) y Observaciones de la Defensa sobre el sistema de divulgación, solicitadas por las decisiones de 23 y 27 de marzo de 2006, 6 de abril de 2006 (ICC-01/04-01/06-68).

⁶ *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Observaciones finales del Fiscal sobre la divulgación, 2 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-91) y Observaciones de la Defensa sobre el sistema de divulgación con miras a la audiencia de confirmación de los cargos, 2 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-92).

había presentado⁷ una solicitud de esa índole (*ex parte*) en virtud de lo dispuesto en las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, en la que se pedía la autorización de la magistrada única para no comunicar las declaraciones de determinados testigos o comunicar versiones expurgadas de ellas en interés de a) la eficacia de las investigaciones en curso y futuras y b) la protección de los testigos⁸. Dicha solicitud fue modificada posteriormente⁹. Entre tanto, la Defensa pidió a la Sala de Cuestiones Preliminares que se le diera la oportunidad de ser escuchada en relación con las solicitudes que presentara el Fiscal en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 después de que le fuera notificada la reparación solicitada, aunque no las declaraciones pertinentes¹⁰.

3. En la vista celebrada el 24 de abril de 2006, que continuó el 26 de abril de 2006, la magistrada única no conoció de los asuntos indicados en los puntos 9 y 10 del orden del día¹¹. Dichos asuntos fueron señalados para un examen separado en el que sólo participaría el Fiscal. Los asuntos mencionados fueron objeto de una vista celebrada el 2 de mayo de 2006¹². Como cabe inferir, el Fiscal dio a entender a la magistrada única que en su momento presentaría otras solicitudes *ex parte* de que se le autorizara a no dar a conocer algunas declaraciones de testigos o comunicar una versión expurgada ellas.

4. La magistrada única adoptó el 15 de mayo de 2006 una decisión relativa al sistema de divulgación, en la que dio instrucciones sobre la manera en que ésta debía llevarse a cabo¹³. La magistrada dispuso que la Fiscalía debía dar a conocer “a la Defensa los nombres y las declaraciones de los testigos cuyo testimonio se proponga hacer valer en la audiencia de confirmación de los cargos, con independencia de si se propone llamarlos a declarar o hacer valer las versiones expurgadas de sus declaraciones, las versiones no expurgadas o un resumen escrito de la parte probatoria de dichas declaraciones”¹⁴.

5. Como ya se indicó, en el momento en que se adoptó la decisión relativa a la

⁷ De fecha 21 de abril de 2006, registrada el 24 de abril de 2006.

⁸ Véase el documento de fecha 21 de abril de 2006 (ICC-01/04-01/06-83-US-Exp).

⁹ Documento de fecha 8 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-95-US-Exp).

¹⁰ Véase el documento *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Solicitud de la Defensa relativa a la vista *ex parte* de 2 de mayo, 4 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-93).

¹¹ Véanse las transcripciones de la vista (ICC-01-04-01-06-T-4-CONF-EN y ICC-01-04-01-06-T-5-CONF-EN).

¹² Véase la transcripción de la vista (ICC-01-04-01-06-T-6-CONF-EN).

¹³ Véase el documento *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre el sistema definitivo de divulgación y la fijación de un calendario, 15 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-102).

¹⁴ *Ibid.*, página 6.

divulgación, estaba pendiente una solicitud *ex parte*¹⁵ del Fiscal presentada en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba y una petición¹⁶ de la Defensa relativa a la manera en que la Sala de Cuestiones Preliminares debía abordar las solicitudes de ese tipo. Sin más preámbulos, cuatro días después, la magistrada única dictó una segunda decisión, titulada “Decisión por la que se establecen principios generales aplicables a las solicitudes de restricción de la divulgación presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba”¹⁷. Después de hacer una reseña del procedimiento, la magistrada única consideró, en palabras suyas, que era “necesario establecer ciertos principios generales aplicables a las solicitudes de restricción de la divulgación en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas”¹⁸. Y, cumpliendo lo prometido, elaboró principios generales relativos al alcance, la interpretación y la aplicación de las disposiciones contenidas en las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Dispuso, entre otras cosas, que todas las solicitudes que presentara en el futuro la Fiscalía en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como las solicitudes que formulara la Defensa en virtud de la subregla 4 de la regla 81, se ajustaran a los principios generales enunciados en su sentencia. Y la resolución que se adoptara sobre tales solicitudes debía regirse por los principios establecidos en ella.

6. El Fiscal solicitó autorización para apelar de la decisión, en relación con casi todos sus aspectos, y pidió a la Sala de Cuestiones Preliminares que, con arreglo al apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto, elevara una serie de cuestiones al respecto a la Sala de Apelaciones para que las examinara¹⁹.

7. En primer lugar y por sobre todo, el Fiscal pidió a la magistrada única que planteara a examen la cuestión de si era correcta la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de establecer principios generales de derecho procesal o sustantivo fuera del contexto de una solicitud o procedimiento pendiente ante la Corte y sin escuchar a las partes sobre las cuestiones que se abordan en ellos. En su opinión, está fuera de la competencia de la Sala de Cuestiones Preliminares y excede de sus facultades la elaboración de “principios” que

¹⁵ Documento de fecha 21 de abril de 2006 (ICC-01/04-01/06-83-US-Exp) complementado por el documento de fecha 8 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-95-US-Exp).

¹⁶ *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Solicitud de la Defensa relativa a la vista *ex parte* de 2 de mayo, 4 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-93).

¹⁷ 19 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-108).

¹⁸ *Ibid.*, párrafo 5.

¹⁹ Véase el documento *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Solicitud de reconsideración y, subsidiariamente de autorización para apelar, 24 de mayo de 2006 (ICC-01/04-01/06-125).

“constituyan reglas obligatorias”²⁰ encaminadas a crear el marco jurídico para la solución de cuestiones pendientes y, lo que es más importante, que se prevé que surjan en relación con la aplicación de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba²¹. La magistrada única no accedió a la invitación a que remitiera la antedicha cuestión para su examen por la Sala de Apelaciones, habida cuenta de los antecedentes procesales y la vinculación de los principios establecidos con la divulgación en general²².

8. La magistrada única definió para su examen por la Sala de Apelaciones las tres cuestiones siguientes, que se derivaban de los principios generales que había establecido y del razonamiento vinculado con ellos:

“i) La cuestión de la determinación de los criterios para la concesión de solicitudes de protección consistente en no revelar, antes de la celebración de la audiencia de confirmación de los cargos, la identidad de los testigos cuyo testimonio se proponga hacer valer la Fiscalía en dicha audiencia;

“ii) La cuestión del alcance temporal de las investigaciones en curso sobre Thomas Lubanga Dyilo y la consiguiente índole transitoria de las expurgaciones autorizadas de conformidad con la subregla 2 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba a fin de no perjudicar dichas investigaciones; y

“iii) La cuestión del régimen que comporta la expresión “*ex parte*” en el contexto de las solicitudes presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (decisión por la que se concede autorización para apelar, página 25)²³.”

Evidentemente, las cuestiones planteadas giran en torno a los principios generales enunciados por la Corte; los principios elaborados no se invocan para resolver una solicitud pendiente ante ella. Ni las tres cuestiones indicadas ni las restantes, que no fueron señaladas como objeto de la apelación, tenían que ver con la resolución de una cuestión pendiente ante la Sala.

9. La primera cuestión se refiere a los criterios aplicables para disponer que no se comuniquen las declaraciones de testigos de cargo con el fin de proteger a esos testigos. La segunda, pese a la forma imprecisa en que ha sido definida, se refiere al alcance temporal de la no divulgación de las declaraciones de los testigos y a la posibilidad de que el Fiscal prolongue sus investigaciones sobre el caso más allá de la audiencia de confirmación de los

²⁰ *Ibid.*, párrafo 53.

²¹ *Ibid.*, párrafo 53 a 55.

²² *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre el escrito de la Fiscalía en que se solicita reconsideración y, subsidiariamente, autorización para apelar, 23 de junio de 2006 (ICC-01/04-01/06-166), párrafos 17 a 25.

²³ *Ibid.*, página 25.

cargos. La tercera cuestión está definida sucintamente. Plantea el tema del régimen procesal que se aplica generalmente a las solicitudes presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

10. El Fiscal expuso una serie de argumentos para apoyar su tesis de que la opinión de la magistrada única respecto de los principios generales reflejados en las tres cuestiones objeto de examen era erróneo, e invitó a la Sala de Apelaciones a que revocara la decisión²⁴.

I. OBJECIONES DE LA DEFENSA A LA APELACIÓN

A. Motivos de la apelación

11. Por su parte, la Defensa cuestiona la admisibilidad de la apelación²⁵. En primer lugar, porque no cumple los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 83 del Estatuto y, en segundo lugar, porque no expone motivos de apelación que pongan de manifiesto el error o los errores que vicien la sentencia de primera instancia²⁶.

12. El primer argumento de la Defensa es infundado. El Fiscal comienza explicando en detalle los errores que supuestamente invalidan la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares respecto de cada una de las tres cuestiones. Es igualmente insostenible la sugerencia de que el párrafo 2 del artículo 83 del Estatuto se aplica a las apelaciones interpuestas con arreglo a los párrafos 1 y 2 del artículo 82 del Estatuto. Según lo establecido en los párrafos 1 y 2 del artículo 83, su aplicación se circunscribe a las apelaciones interpuestas de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 81 del Estatuto.

13. Respecto del segundo motivo de apelación, el apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto confiere un derecho de apelación, sin especificar el motivo o motivos por los que se puede apelar de la decisión impugnada. Más tarde se examinarán las consecuencias de esta aparente laguna.

14. Una apelación mediante reconsideración entraña la competencia para determinar si la decisión objeto de la apelación es correcta. Ello es una consecuencia necesaria del otorgamiento de la competencia de apelación respecto de las decisiones de un tribunal de primera instancia. En el artículo 4 del Estatuto se dispone que la “Corte” tendrá la capacidad

²⁴ Véase el documento *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, documento justificativo de la apelación del Fiscal, 5 de julio de 2006 (ICC-01/04-01/06-183), párrafo 36.

²⁵ Véase el documento *Situación en la República Democrática del Congo, Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal de 5 de julio de 2006, 20 de julio de 2006 (ICC-01/04-01/06-199).

²⁶ *Ibid.*, párrafos 5 y 6.

jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. La ponderación de los motivos por los que se puede revisar una decisión es un elemento integrante de la competencia de apelación. Dichos motivos están invariablemente ligados a los fines para los que se ha conferido la competencia de apelación a la Sala de Apelaciones que, en el caso de los párrafos 1 y 2 del artículo 82 del Estatuto, se resumen en la facultad de reexaminar la corrección de la decisión. Una sentencia correcta es la que está bien fundamentada desde los puntos de vista jurídico y fáctico. Por consiguiente, los motivos de la apelación deben definirse en referencia a los fundamentos de derecho y de hecho de la decisión objeto del reexamen. Pueden producirse errores jurídicos por incorrecta aplicación del derecho procesal (o adjetivo) o del derecho sustantivo. El sustrato fáctico y su consistencia constituyen el segundo elemento de la ecuación. Las atribuciones de la Sala de Apelaciones en una apelación interpuesta en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo 82 del Estatuto, recogidos en la subregla 1 de la regla 158 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, respaldan la opinión expresada más arriba. La Sala de Apelaciones puede “confirmar, dejar sin efecto o modificar la decisión apelada”. El examen de si la decisión objeto de apelación es correcta constituye un requisito previo para el ejercicio de las atribuciones mencionadas. En definitiva, los motivos por los que puede impugnarse una decisión no difieren de los enumerados en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 81 del Estatuto. A esos motivos es preciso añadir aquellos que afectan a un juicio justo y que deberían impregnar todo el proceso judicial, como queda de manifiesto en lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 21 del Estatuto.

15. Según el Reglamento de la Corte, corresponde a las partes especificar los motivos de la apelación y los argumentos de hecho o de derecho que justifican esos motivos (norma 64 del Reglamento de la Corte). La apelación del Fiscal no cumple estrictamente los requisitos establecidos en el numeral 2 de la norma 64 del Reglamento de la Corte, aplicables en virtud del numeral 4 de la norma 65, pero sí los cumple sustancialmente, en la medida en que en relación con cada una de las tres cuestiones sometidas a examen se indican las razones que supuestamente invalidan la decisión. En esas razones se ponen de manifiesto los errores de derecho sustantivo y adjetivo debido a los cuales, en opinión del Fiscal, la decisión de la magistrada única estaría sujeta a revocación. El demandado no se ha visto en modo alguno perjudicado por desconocer los argumentos del Fiscal o porque éste no haya articulado sus motivos con claridad. Así pues, el incumplimiento o apartamiento de la norma correspondiente por parte del Fiscal no afectó de forma perceptible a la eficacia de la apelación ni privó al demandado del necesario conocimiento de los argumentos de su contraparte.

B. Cosa juzgada

16. Asimismo, en su respuesta a la apelación, la Defensa controvertió la validez del sometimiento a apelación de dos de las tres cuestiones (la primera y la segunda), en la medida en que estaban relacionadas con asuntos previamente resueltos por la magistrada única y como tales eran materia de un litigio finalizado, a saber, cosa juzgada (“*res judicata*”)²⁷. La cosa juzgada es un principio de derecho generalmente reconocido como característica fundamental del procedimiento judicial, inseparablemente ligado a la definitividad de las resoluciones judiciales y, en último análisis, a la eficacia del proceso judicial. La adopción de sentencias y decisiones dentro del proceso judicial está institucionalmente asociada con la definitividad. El tribunal dicta sentencia para resolver las cuestiones que se someten a su examen. La mera noción de “decisión” dictada en un procedimiento judicial implica la resolución de una cuestión en litigio²⁸.

17. Con arreglo al *common law* inglés, *res judicata* denota, en su forma más simple, que una causa resuelta en el fondo o una cuestión accesoria a ella no puede volver a ser sometida por las mismas partes a un tribunal judicial. Las partes están impedidas (“*estopped*”) de someter a un nuevo litigio la misma causa o las cuestiones accesorias a ella²⁹. Así pues, existe un impedimento legal en relación con la causa en sí (“*subject-matter estoppel*”³⁰), y un impedimento (“*estoppel*”) colateral (“*issue estoppel*”³¹) respecto de las resoluciones provisionales. Estas modalidades se aplican también, obviamente, a las decisiones interlocutorias dictadas durante el litigio. *Res judicata* es fundamentalmente un principio aplicable a los litigios civiles. La regla de la “*double jeopardy*” (prohibición de segundo enjuiciamiento por un mismo delito) cumple la misma finalidad en los procedimientos penales. Además, la resolución de una cuestión que surja dentro de una causa penal será igualmente decisiva respecto de esa cuestión en el contexto de la causa. Cualquier intento de volver a litigar sobre la cuestión sería desviar de su curso al proceso. Por consiguiente, tal intento será detenido. En esencia, el “*subject-matter estoppel*” y el “*issue estoppel*” en el sentido indicado también tienen cabida en los procedimientos penales³². Volver a litigar

²⁷ *Ibid*, párrafos 7 y 14.

²⁸ Véase Garner, B. A. (Redactor jefe), *Black's Law Dictionary* (octava edición, Thomsen West, 2004) página 436.

²⁹ Véase Andrews, N., *English Civil Procedure* (Oxford, 2003), párrafos 40.10 a 40.30.

³⁰ Denominado asimismo en inglés “*cause of action estoppel*” y “*claim preclusion*”. En los Estados Unidos, la cosa juzgada sólo recibe el nombre de “*claim preclusion*”, un concepto diferenciado de la “*issue preclusion*” (véase Friedenthal, J. H., Kane, M. K., Miller, A. R., *Civil Procedure* (tercera edición, St. Paul, Minn., 1999), párrafo 14.2).

³¹ Asimismo denominado en inglés “*collateral estoppel*”, “*issue preclusion*”.

³² Véase Barnett, P., *Res Judicata, Estoppel, and the Foreign Judgments* (Oxford, 2001), párrafo 1.19.

respecto de una cuestión resuelta mediante decisión judicial prolongaría injustificadamente el procedimiento en detrimento del principio de que la justicia debe administrarse en un tiempo razonable.

18. En el sistema jurídico romanogermánico, el principio correspondiente no se aplica necesariamente con el mismo nombre³³ ni está sujeto a reglas idénticas a las del *common law* inglés. Tampoco en el sistema jurídico romanogermánico se puede volver a plantear una cuestión dirimida con carácter definitivo en un procedimiento judicial³⁴. Y lo mismo ocurre tanto en los procedimientos civiles como penales en los que el concepto de *ne bis in idem* está profundamente arraigado³⁵. El Tribunal de Justicia Europeo reconoció a la cosa juzgada (*chose jugée – res judicata*) como un importante principio del derecho interrelacionado con la certeza jurídica³⁶.

19. En ambos sistemas jurídicos, no está permitido volver a someter a los tribunales o volver a resolver una cuestión que ya haya sido objeto de una resolución judicial, a menos, evidentemente, que se conceda específicamente al tribunal competencia para volver a considerar una cuestión en determinadas circunstancias.

20. En su decisión de 15 de mayo de 2006, la magistrada única no adoptó resolución en un procedimiento basado en las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. La no divulgación de las declaraciones de testigos es una excepción a la regla (véase la subregla 1 de las Regla 76 de las Reglas de Procedimiento y Prueba). Una cuestión relativa a la no divulgación sólo puede plantearse a petición del Fiscal en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por consiguiente, la magistrada única no tenía impedimento ni obstáculo alguno para conocer de los procedimientos que se plantearan de conformidad con lo dispuesto en las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas

³³ Ejemplos de ello son Francia ("*chose jugée*") y Alemania ("*Rechtskraft*").

³⁴ Véase la *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, tomo II, *Ch-Dén*, "*Chose jugée*", (1967), párrafos 11 a 13; Meyer-Gossner, L., *Strafprozessordnung* (47ª edición, Beck, Munich, 2004) Einl., párrafos 163 a 189.

³⁵ Véase la *Encyclopédie Dalloz, Répertoire du droit pénal et de procédure pénale*, tomo II, *Ch-Dén*, "*Chose jugée*" (1967), párrafo 5; Meyer-Gossner, L., "*Strafprozessordnung*" (47ª edición, Beck, Munich, 2004) Einl., párrafo 171.

³⁶ Tribunal de Justicia Europeo, Caso 234/04, *Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, sentencia de 16 de marzo de 2006, párrafo 20; disponible en Westlaw: "A ese respecto, debe señalarse a la atención la importancia, tanto para el ordenamiento jurídico de las Comunidades como para los regímenes jurídicos nacionales, del principio de cosa juzgada. Con objeto de asegurar la estabilidad del derecho y de las relaciones jurídicas y la correcta administración de justicia, es importante que las decisiones judiciales que hayan adquirido carácter definitivo al haberse agotado todas las posibilidades de apelación, o por haber vencido los plazos previstos al efecto, no pueda nunca más ser cuestionada [...]". Caso C-224/01, *Gerhard Kobler c. Austria*, sentencia de 30 de septiembre de 2003, párrafo 38, disponible en: Westlaw; caso C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, sentencia de 1º de junio de 1999, párrafos 46 y 47, disponible en Westlaw.

de Procedimiento y Prueba. Las expresiones contenidas en la decisión de 15 de mayo de 2006 sobre la interpretación y la aplicación de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba no son más que opiniones colaterales (*obiter dicta*) que no están dirigidas a resolver asuntos planteados en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por consiguiente, las cuestiones que abordó la magistrada única en la decisión objeto de apelación no habían sido resueltas en su decisión de 15 de mayo de 2006. Por lo tanto, bajo ningún concepto se puede invocar la existencia de cosa juzgada como obstáculo para el examen y el ámbito de aplicación de lo dispuesto en las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

21. A reserva de las objeciones que pueda formular la Defensa respecto de la validez de la apelación a que se hace referencia más arriba, la posición de la Sala es que los principios generales enunciados por la magistrada única son correctos y deberían confirmarse en grado de apelación.

II. LIMITACIONES JURISDICCIONALES A LA ADOPCIÓN DE DECISIONES

22. En el caso *en la República Democrática del Congo*, Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal para que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la que la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar, de 13 de julio 2006 (ICC-01/04-168), la Sala de Apelaciones tuvo ocasión de examinar el marco jurídico del apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto y las cuestiones cuya resolución podría justificar la remisión de una decisión para su examen por la Sala de Apelaciones. El siguiente pasaje de la sentencia antedicha aclara la índole de los asuntos que pueden constituir la materia de una decisión que va a apelarse en virtud del apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto:

“Sólo una “cuestión” puede ser objeto de una decisión apelable. Una cuestión es un asunto o tema identificable cuya resolución requiere una decisión, y no un simple punto sobre el que existe un desacuerdo o una divergencia de opiniones. Puede haber desacuerdo o divergencia de opiniones respecto del derecho aplicable para resolver un punto en el marco de un proceso judicial. Esa diferencia de opiniones no basta para que exista un asunto apelable. Una cuestión es un asunto cuya resolución es esencial para determinar los puntos

controvertidos de la causa judicial que se esté examinando. La cuestión puede ser de derecho o de hecho, o mixta³⁷.”

23. Los principios generales que rigen la aplicación de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, tema de la decisión, constituyen el objeto de la apelación. Los principios se elaboraron fuera del marco de la resolución de una cuestión en litigio y sin oír a las partes sobre el establecimiento de dichos principios. El asunto se complica aún más por el hecho de que los principios enunciados habían sido concebidos con la finalidad de adelantarse a la determinación de procedimientos pendientes y futuros y, más aún, de cualquier procedimiento planteado en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El camino adoptado no es judicialmente ortodoxo.

24. El ejercicio de la potestad jurisdiccional se funda en la competencia de un tribunal. La competencia de un tribunal se extiende a la determinación de la cuestión en litigio y de las cuestiones accesorias a ella; el sello del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y a través de dicha determinación, la impronta de la potestad jurisdiccional está ligada a la solución del problema, la controversia y todo lo que ésta conlleva. Fuera de estos cauces, el tribunal opera en el vacío, trascendiendo el objeto y la finalidad de la potestad jurisdiccional. No es función de un tribunal judicial establecer principios generales para prefigurar el resultado de procedimientos futuros. La formulación de principios jurídicos vinculantes al margen de los parámetros del proceso jurisdiccional está más allá, y más exactamente, fuera de la competencia de un tribunal. La indagación del derecho aplicable se hace en referencia a los hechos que definen la cuestión que el tribunal tiene ante sí y sólo en la medida necesaria para resolverla. Los ejercicios jurídicos teóricos no tienen cabida en el proceso judicial.

25. Los principios adoptados en la decisión objeto de examen no fueron enunciados con el fin de resolver una cuestión sometida a la magistrada única, sino en abstracto, como trampolín para la resolución de cuestiones pendientes o que pudieran surgir en el proceso. Todas las Salas de la Corte Penal Internacional son competentes para tratar todas las cuestiones sujetas a la competencia de la respectiva división de la Corte, con el fin de resolver, con sujeción a apelación cuando exista un derecho al efecto, la causa que tengan ante sí o cualquier cuestión que surja en el curso de ella y deba ser objeto de resolución intermedia. En el ejercicio de esa función, la Sala indudablemente habrá de analizar el derecho a fin de identificar el principio o los principios aplicables a los hechos particulares del caso con miras a su justa resolución.

³⁷ *Situación en la República Democrática del Congo*, Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal para que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la que la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar, 13 de julio de 2006, (ICC-01/04-168), párrafo 9.

Incluso en ese contexto, la Corte no hará una indagación que vaya más allá de lo necesario para la solución del problema que tiene ante sí. No forma parte de la función judicial la enunciación de los principios aplicables en una determinada rama del derecho (procesal o sustantivo), ni la determinación del derecho aplicable a procedimientos pendientes o previsibles al margen del proceso decisorio destinado a resolver las cuestiones actuales que definen el curso del procedimiento judicial.

26. En la última oración del párrafo 3 del artículo 61 del Estatuto, se faculta a la Sala de Cuestiones Preliminares para dictar providencias respecto de la revelación de información a los efectos de la audiencia de confirmación de los cargos. En el ejercicio de esta facultad, la magistrada única dictó las providencias que consideró necesarias en su decisión de 15 de mayo del 2006. Una petición de no divulgación, en cualquier forma que se presente, sólo puede formularse en el contexto de una solicitud al efecto (subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba). Está fuera de la competencia de la Sala de Cuestiones Preliminares impedir una decisión de ese tipo mediante el establecimiento o la elaboración de principios generales que predeterminen la posición de la Corte sobre la resolución de una cuestión dentro de la causa. El hecho de que la Defensa estuviese a favor de ese enfoque no tiene trascendencia; nadie puede autorizar una deliberación judicial fuera del contexto de una cuestión en litigio.

27. La conclusión a la que llego es que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares remitida a la Sala de Apelaciones para que decidiera a su respecto en grado de apelación no es resultado del proceso judicial, por cuanto no estaba destinada a resolver un asunto o una cuestión pendiente ante la magistrada única, ni resolvió tal asunto o cuestión. La decisión no dirimió una cuestión dentro de la causa judicial y, por lo tanto, carecía de los atributos de una resolución judicial. La sentencia de un tribunal tiene por objeto y fin resolver una causa o un asunto pendiente ante él³⁸. Sin embargo, la decisión dictada en este caso puede ser objeto de apelación con arreglo al apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto, por sus consecuencias para futuros procedimientos. Como señaló la Sala de Apelaciones en su sentencia en *Situación en la República Democrática del Congo*, “Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal para que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la que la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar”³⁹, las repercusiones de una decisión en futuros procesos de que conozca la Corte son

³⁸ Garner, B. A., (redactor jefe), *Black's Law Dictionary* (octava edición, Thomsen West, 2004), páginas 436, 858.

³⁹ 13 de julio de 2006 (ICC-01/04-168).

un factor que debe ser debidamente evaluado al decidir la remisión de una cuestión para su examen en apelación. Y la finalidad de la decisión objeto de apelación era prejuzgar de procedimientos pendientes y previsibles.

28. El proceso de apelación no se circunscribe al examen de las decisiones que emanen del concreto ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino que también abarca cualquier decisión que se derive del ejercicio o el pretendido ejercicio de la potestad jurisdiccional⁴⁰. En este último caso, existen razones más convincentes para el ejercicio de la competencia de apelación. La Sala de Apelaciones puede reencauzar el proceso judicial, objetivo fundamental de la competencia de apelación.

III MEDIDAS A ADOPTAR

29. Se plantea ahora la cuestión de qué debe hacerse con la decisión objeto de la apelación. Las cuestiones planteadas a la consideración de la Sala de Apelaciones forman parte integrante de los principios generales establecidos en la decisión objeto de examen. Si los examinara en apelación, la Sala de Apelaciones se vería involucrada en el mismo proceso en que se embarcó la magistrada única, a saber, la búsqueda de principios jurídicos generales fuera del proceso de decisión necesario para la resolución de una cuestión en litigio, excediendo con ello la competencia de la Corte. La Sala de Apelaciones estaría asumiendo competencia para prejuzgar del derecho aplicable en procedimientos pendientes y futuros.

30. Las cuestiones planteadas para la consideración forman parte inseparable de los principios generales enunciados por la magistrada única. El hecho de que la magistrada se haya negado a incluir la determinación de si era correcto establecer principios generales como cuestión separada para el examen en apelación no modifica el carácter de las cuestiones planteadas ni la naturaleza de la decisión adoptada. La Sala de Apelaciones tiene ante sí una apelación para la revisión de una decisión y las cuestiones en ella planteadas en relación con principios generales establecidos fuera del contexto de la competencia de la Sala de Cuestiones Preliminares. La subregla 1 de la regla 158 de las Reglas de Procedimiento y Prueba confiere a la Sala de Apelaciones la facultad de dejar sin efecto [en inglés, “*reverse*”] una decisión, la que es objeto de la apelación. El término “*reverse*” significa en inglés seguir el camino inverso al que se ha tomado. En el contexto de un procedimiento judicial, el término tiene un significado especial, es una palabra técnica que denota facultad para “*set*

⁴⁰ Los aspectos del tema objeto de examen se tratan en el caso inglés *R c. Longworth (HL)* [2006] 1 All ER 887.

*aside, revoke, annul*⁴¹ [dejar sin efecto, revocar, anular], “*overturn*”⁴² [invalidar] una decisión⁴³. El “camino inverso” [“*reverse course*”] implica la anulación de la decisión, objetivo que se alcanza revocando la decisión adoptada. Tal sería el fallo que yo dictaría.

/firmado/

Magistrado Georghios M. Pikis

Hecho el 13 de octubre de 2006

En La Haya (Países Bajos)

⁴¹ Brown, L., (redactor jefe). *The Shorter Oxford English Dictionary* (Oxford University Press, 2002, quinta edición), volumen 2, N-Z, página 2566.

⁴² Garner, B. A., (redactor jefe), *Black's Law Dictionary* (octava edición, Thomen West, 2004), página 1344.

⁴³ El término utilizado en el texto en francés del Estatuto es “*infirmar*” que, según Cornu, G., (Editor), *Vocabulaire juridique* (París, cuarta edición, 2003), página 468, significa “[*r*]éformation ou annulation partielle ou totale, par le juge d'appel, de la décision qui lui est déferée” [“reforma o anulación parcial o total, por el juez de la apelación de la decisión que se le ha sometido”].