



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE MÁSTER
MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PENAL

Curso 2018/2019

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE
ARMAS EN EL ‘DISCLOSURE’ DEL
PROCESO PENAL INTERNACIONAL.**
*Una perspectiva desde su relación con el
principio de proporcionalidad*

Estudiante: Simón Alberto MORATTO BOLÍVAR

Tutor: Dr. D. Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL

Mes: Julio

Año: 2019

TRABAJO FIN DE MÁSTER
MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PENAL

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE
ARMAS EN EL ‘*DISCLOSURE*’ DEL
PROCESO PENAL INTERNACIONAL.**
*Una perspectiva desde su relación con el
principio de proporcionalidad*

**THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF
ARMS IN THE ‘*DISCLOSURE*’ OF THE
INTERNATIONAL CRIMINAL
PROCEDURE. *A perspective from its
relationship with the principle of
proportionality***

Estudiante: Simón Alberto MORATTO BOLÍVAR
Simon_h3@hotmail.com

Tutor: Dr. D. Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL

Resumen

El principio de igualdad de armas hace parte de la garantía del juicio justo y consiste en que cada parte debe tener una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no la pongan en desventaja con respecto a su oponente. En este trabajo se analiza el desarrollo que este mandato ha tenido en el descubrimiento probatorio (*disclosure*) del proceso penal internacional desde el punto de vista de su relación con el principio de proporcionalidad.

Palabras clave

Igualdad de armas, proporcionalidad, *disclosure*, juicio justo, desventaja, ponderación.

Abstract

The principle of equality of arms is a part of the fair trial guarantee and it means that each part must be afforded with a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage *vis à vis* his opponent. This work analyzes the development of this principle in the disclosure process of the international criminal procedure from the point of view of its relationship with the principle of proportionality.

Keywords

Equality of arms, proportionality, *disclosure*, fair trial, disadvantage, weighting.

A mi familia.

A las víctimas del conflicto armado en Colombia.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, por supuesto, al profesor LORENZO BUJOSA por su dedicada, esmerada y detallada labor y por comprender y entender mis trances de paranoia académica.

En segundo lugar, a los profesores KAI AMBOS y ALEXANDER HEINZE por su amable recibimiento en Göttingen, donde tuve la oportunidad de construir varias de las ideas aquí plasmadas. Nuevamente, al profesor LORENZO BUJOSA por haber hecho posible el contacto con los mencionados profesores.

Finalmente, pero no menos importante, a mi familia por su apoyo, especialmente a mi madre y a mi hijo, por su infinito amor.

“El mandato superior del Derecho Procesal Penal es el principio del proceso justo”

Claus Roxin.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS.	4
1. DISECCIÓN DEL CONCEPTO	4
1.1 Concepto de principio	4
1.2 Concepto de igualdad	6
1.3 Concepto de partes	8
1.4 Concepto de armas	11
1.5 ¿Cuándo se entiende que se vulnera el principio de igualdad de armas? El concepto de desventaja.	12
2. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS.	13
2.1 Fundamento y definición	13
2.2 El principio de igualdad de armas y el principio acusatorio	16
2.3 El principio de igualdad de armas y el mandato general de igualdad	17
2.4 El principio de igualdad de armas y el principio de contradicción	17
2.5 Sistema procesal dentro del cual se enmarca el principio de igualdad de armas ¿inquisitivo o adversativo? ¿Es útil esta distinción?	18
CAPÍTULO II. DEL FUNDAMENTO NORMATIVO Y LAS RELACIONES ENTRE PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DISCLOSURE.	20
1. FUNDAMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS.	20
2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CPI	21
2.1 Concepto de principio de proporcionalidad	21
2.2 Fundamento normativo del principio de proporcionalidad en la CPI	24
3. CONCEPTO Y MARCO LEGAL DEL DESCUBRIMIENTO DE INFORMACIÓN EN LA CPI.	25
3.1 Concepto de descubrimiento de información	25
3.2 Marco legal del descubrimiento de información en la Corte Penal Internacional ..	27
4. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	36
4.1 Igualdad de armas y proporcionalidad como mandatos de optimización complementarios	36

4.2 Igualdad de armas y proporcionalidad en la realización de la igualdad material. ..	37
4.3 Igualdad de armas y proporcionalidad como principios que se desarrollan desde una perspectiva casuística	37
4.4 Igualdad de armas y proporcionalidad en el establecimiento de un diálogo efectivo y el reconocimiento de la dignidad humana.	38
4.5 Igualdad de armas y proporcionalidad demandan su máximo nivel de atención en la misma etapa procesal: la investigación penal.....	39
5. IGUALDAD DE ARMAS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO.....	39
5.1 Relación género-especie entre el principio de igualdad de armas y el descubrimiento probatorio.....	39
5.2 El deber de descubrir material exculpatorio por parte de la Fiscalía y el principio de igualdad de armas.	40
5.3 Igualdad de armas y las restricciones al descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía.	41
5.4 Igualdad de armas y las restricciones al descubrimiento probatorio por parte de la Defensa.....	41
5.5 La labor del descubrimiento probatorio en el establecimiento de un contradictorio efectivo.....	42
5.6 El descubrimiento probatorio no es el “arma” <i>per se</i> con la que cuentan las partes.	42
5.7 Del descubrimiento probatorio depende la eficacia de las demás garantías que rige el principio de igualdad de armas.	43
6. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	44
6.1 Siempre que se soliciten restricciones al descubrimiento probatorio debe haber aplicación del principio de proporcionalidad.	44
6.2 Tres “modalidades” de afectación al descubrimiento probatorio en las que debe intervenir el principio de proporcionalidad.	44
6.3 Principio de proporcionalidad y restricciones al descubrimiento probatorio por motivos de seguridad nacional.	45
6.4 Principio de proporcionalidad, restricciones al descubrimiento probatorio por posibles afectaciones a investigaciones en curso o futuras y las restricciones a la revelación de documentos personales de investigación.	45
6.5 Principio de proporcionalidad y restricciones al descubrimiento probatorio con el objetivo de proteger la integridad de víctimas o testigos y sus familias.....	46
6.6 Principio de proporcionalidad y las comunicaciones e información privilegiadas.	46

6.7 Principio de proporcionalidad y descubrimiento de material exculpatório adquirido con acuerdo de confidencialidad.	47
7. RELACIONES ENTRE IGUALDAD DE ARMAS, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO.....	47
7.1 Las restricciones a la revelación de información como escenario de encuentro y desarrollo máximo del vínculo triádico.	48
7.2 Legitimación <i>prima facie</i> de la cesión del principio de igualdad de armas frente a otros mandatos.....	48
7.3 Cristalización de la idea de proceso como diálogo.....	49
7.4 La naturaleza de cada institución de esta relación triádica demanda un alto grado de exigencia argumentativa.....	49
7.5 El relativismo como talón de Aquiles de la relación triádica.	50
CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ‘DISCLOSURE’ DEL PROCESO PENAL INTERNACIONAL.....	51
1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS EN LAS DECISIONES SOBRE DISCLOSURE DE LA CPI.	51
1.1 Referencias directas al principio de igualdad de armas en la jurisprudencia sobre descubrimiento de información de la CPI.	51
1.2 Referencias indirectas al principio de igualdad de armas en la jurisprudencia sobre descubrimiento de información de la CPI.	54
1.3 El principio de igualdad de armas, y por consiguiente el derecho al descubrimiento probatorio mediante el cual se materializa, no es una garantía absoluta.	55
1.4 Existencia y naturaleza de la relación entre el principio de igualdad de armas y el principio de proporcionalidad en el descubrimiento probatorio del proceso penal internacional.	57
2. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS DESDE SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DISCLOSURE DEL PROCESO PENAL INTERNACIONAL: EL PROCESO PONDERATIVO.....	58
2.1 Escenario judicial en el cual se toma la decisión que autoriza el no descubrimiento de información: la audiencia <i>ex parte</i>	58
2.2 Metodología de la Sala en la audiencia <i>ex parte</i> : <i>Two Step Approach</i>	60
2.3 Desarrollo del proceso ponderativo.	64
2.4 Ejemplos de excepciones al deber de descubrimiento probatorio.	71

3. PRINCIPALES INCONVENIENTES Y POSIBLES SOLUCIONES EN MATERIA DE RESTRICCIONES AL DEBER DE DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN EN EL PROCESO PENAL INTERNACIONAL.	73
3.1 Sobre los procedimientos <i>ex parte</i> y la necesidad de crear nuevos cargos al interior de la CPI.	73
3.2 Sobre la inconsistencia e insuficiencia en la argumentación jurídica de las Salas de la CPI y la necesidad de reglamentar la doctrina elaborada por la Corte.	75
3.3 El problema del lenguaje en el escenario del proceso penal internacional ¿motiva la adopción de un Derecho Procesal Penal del Enemigo? La necesidad de un cambio de terminología.....	76
CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFÍA	82

TABLA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana Sobre Derechos Humanos
CCPA	Código de Conducta Profesional de los Abogados
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SA	Sala de Apelaciones
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SPI	Sala de Primera Instancia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
UVT	Unidad de Víctimas y Testigos

INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad de armas es un concepto derivado de la garantía del juicio justo y consiste, conforme a la doctrina más elaborada, en que “cada parte debe tener una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no la pongan en desventaja con respecto a su oponente”¹. La importancia de esta garantía es tal que sin ella cualquier intento de defensa resulta inane, especialmente en el contexto internacional donde el procesado se ve situado en una considerable desventaja frente a todo el aparato persecutor de la CPI.

Esta institución no suele tener un reconocimiento expreso en los ordenamientos jurídicos por lo que su elaboración se ha hecho a partir de otras disposiciones mediante la jurisprudencia. Igualmente, desde el punto de vista doctrinal también se han hecho avances, sin embargo, conviene señalar que los trabajos que se encuentran publicados sobre esta materia son escasos y principalmente se han escrito en lengua inglesa, lo que explica, en parte, la casi nula elaboración de este concepto en el mundo hispanohablante.

Esta investigación tiene como objetivo principal establecer el desarrollo que ha tenido el principio de igualdad de armas, a partir de su relación con el principio de proporcionalidad, en el contexto del *disclosure* del proceso penal internacional. Para esto será necesario determinar, en primera instancia, si existe o no esa relación y, en caso afirmativo, cómo se constata.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el desarrollo de la igualdad de armas como categoría jurídica ha tenido lugar principalmente en la jurisprudencia y, en menor medida, a nivel doctrinal, la metodología que aquí se adopta será eminentemente hermenéutica y jurisprudencial de la mano de un análisis crítico del discurso. Específicamente, para el desarrollo del primer capítulo se tendrán como fundamento teórico, desde la doctrina, los dos trabajos más importantes que sobre igualdad de armas en el ámbito internacional y regional se han escrito, a saber, los textos de MASHA FEDOROVA y OMKAR SIDHU; y desde el punto de vista jurisprudencial las construcciones del TEDH y la CPI. En relación con el

¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Bulut v. Austria*, App. No. 17358/90, 22 de febrero de 1996, para. 47

segundo capítulo, la base teórica que se adopta, en lo concerniente al principio de proporcionalidad, es el elaborado por ROBERT ALEXY, quien ha sido el académico que con mayor profundidad se ha encargado de este ámbito y cuyos postulados son los más ampliamente difundidos y empleados en el mundo; en relación con la institución del *disclosure* se toman como guía los trabajos de los profesores KAI AMBOS y ALEXANDER HEINZE quienes han investigado de manera profunda esta categoría en el proceso penal internacional; y por último, el desarrollo del capítulo tercero se llevará a cabo a partir del análisis de *toda* la jurisprudencia sobre *disclosure* existente hasta el momento en la CPI, con las limitaciones de aquellas decisiones que han sido clasificadas como confidenciales *ex parte* y a las cuales no tiene acceso el público.

De acuerdo con la metodología previamente indicada, este texto se divide en tres capítulos. El primero consiste en un análisis teórico del principio de igualdad de armas que comienza con el examen de cada uno de los elementos que lo componen como categoría jurídica hasta llegar a un estudio sobre las diferentes teorías y posturas acerca de su fundamento y definición. Finalmente, el capítulo cierra con un análisis de su distinción con otros mandatos con los que se le suele confundir.

El segundo capítulo establece el concepto y fundamento normativo que ha permitido el desarrollo tanto del principio de igualdad de armas como del principio de proporcionalidad en la CPI. Así mismo, se reseña el marco legal general que gobierna el descubrimiento probatorio en este contexto con la finalidad de lograr una ubicación tanto conceptual como normativa a partir de la cual se desarrollará el tercer y último capítulo de esta investigación. Seguidamente, desde un punto de vista conceptual, se establece una serie de puntos de contacto entre el principio de igualdad de armas, principio de proporcionalidad y descubrimiento probatorio. Este análisis permite, en primer lugar, determinar la existencia y naturaleza del vínculo entre igualdad de armas y el principio de proporcionalidad en el *disclosure* del proceso penal internacional, la cual será confirmada con posterioridad en el tercer capítulo de este texto; y, en segundo lugar, además de dotar de fuerza y solidez teórica a este trabajo, proporciona las herramientas necesarias para evaluar de manera crítica el desarrollo del principio de igualdad de armas en el *disclosure* del proceso penal internacional a partir de su relación con el principio de proporcionalidad.

Finalmente, siguiendo este recorrido que va desde lo general-conceptual a lo específico-jurisprudencial, el tercer capítulo versa sobre la existencia y constatación de la relación entre el principio de igualdad de armas y el principio de proporcionalidad y, a partir de este vínculo, el desarrollo de la igualdad de armas en la jurisprudencia sobre *disclosure* de la CPI. Por último, gracias al análisis crítico del discurso y del método hermenéutico y jurisprudencial que aquí se emplea, se plantean tres situaciones problemáticas, y sus correspondientes propuestas de solución, sobre la forma en la que se ha limitado el descubrimiento probatorio, las cuales tienen repercusiones directas en el principio de igualdad de armas y, por elipsis, en el ejercicio de una efectiva defensa. Estas situaciones específicamente son: el inconveniente de los procedimientos *ex parte* y la necesidad de crear nuevos cargos al interior de la CPI; la inconsistencia e insuficiencia en la argumentación jurídica de los jueces y la necesidad de reglamentar la doctrina desarrollada por la Corte; y el problema del lenguaje en el escenario del proceso penal internacional y la necesidad de un cambio de terminología.

CAPÍTULO I. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

1. DISECCIÓN DEL CONCEPTO

Con el objetivo de lograr un panorama claro y comprensivo de la figura del principio de igualdad de armas como un todo, es conveniente, en primer lugar, esclarecer cada uno de sus elementos fundamentales de manera que, entendiéndolos por separado y de manera detallada, pueda darse posteriormente una lectura íntegra y coherente de la misma.

1.1 Concepto de principio

La definición de principio y sus diferencias con respecto a las reglas ha sido un tema ampliamente debatido en la Filosofía del Derecho². Entrar en detalle en las discusiones sobre este tema excede los propósitos de este texto, por lo que, este trabajo se limita a señalar los aspectos más relevantes que en este tópico han sido desarrollados principalmente por RONALD DWORKIN y ROBERT ALEXY³.

El debate inicialmente se dio con la crítica que hace DWORKIN a la tesis expuesta por H. L. HART en virtud de la cual, cuando no existe regla aplicable o, cuando existiendo, es indeterminada, el juez debe decidir discrecionalmente. Lo que señala DWORKIN es que el ordenamiento jurídico está conformado por reglas y principios y así, cuando un juez no encuentra una regla para el caso concreto, debe aplicar los principios y no actuar absolutamente de manera discrecional⁴.

Para este último autor, si bien reglas y principios tienen en común que ambas regulan conductas y se utilizan para crear y fundamentar decisiones jurisdiccionales, se diferencian en que: i) las primeras se aplican por completo o no se aplican en un caso determinado, es decir, si se dan los supuestos de hecho consagrados se hace uso de ellas pero, si por el contrario, los hechos previstos no concurren, o convergen pero al unísono opera una

² ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. P. 64; BERNAL PULIDO, C. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003. P. 569

³ *Ibidem*

⁴ DWORKIN, R. *Los Derechos en serio*. 2ª Ed. Barcelona: Editorial Ariel, S. A. 1989. Pp. 102-145

circunstancia prevista como excepción, no hay lugar a su aplicación⁵. Los principios por su parte no señalan exactamente cuáles son los supuestos de hecho en los que deben aplicarse ni sus consecuencias jurídicas, un principio es “una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión concreta”⁶; la segunda diferencia radica en que ii) los principios gozan de la “dimensión de peso específico o importancia”⁷ y con base en ella el juzgador decide aquellos casos donde se evidencia la pugna entre principios. En este contexto, el mayor peso atribuido a uno de ellos determina el fallo para ese caso concreto, siendo posible que, bajo otras circunstancias, la misma disputa genere una decisión completamente opuesta. Las reglas, en cambio, no gozan de esta dimensión; como se decía, una regla se aplica o no se aplica y en caso de tensión entre reglas, el juez no entra a ponderar, sino que establecerá la invalidez de una u otra con base en los criterios de jerarquía, temporalidad o especialidad.

Ante esa distinción hecha por DWORKIN, ALEXY crítica el primer criterio señalado en el entendido de que esa formulación (o todo o nada) implicaría el conocimiento de todas las excepciones a las reglas (lo que es imposible pues en cada caso concreto pueden aparecer nuevas excepciones a las reglas que deban ser aplicadas), de lo contrario no sería posible formular una regla ni extraer con seguridad las consecuencias jurídicas previstas⁸. Aún, siendo realizable, sería así mismo factible conocer todas las excepciones que pueden tener los principios, evento en el cual una diferenciación entre reglas y estos últimos devendría insulsa. Empero, ALEXY acoge el segundo criterio y va más allá, estableciendo que las reglas son normas (categoría genérica dentro de la cual se encuentran también los principios) que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” y que pueden o no cumplirse (donde si se dan los supuestos de hecho, procede la subsunción y de no ser así, no se ejecuta la consecuencia jurídica -sólo de esta manera puede entenderse el *todo o nada* de DWORKIN-)⁹ mientras que los principios son “mandatos de optimización”, los cuales “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las

⁵ DWORKIN, R. The model of Rules. En: *The University of Chicago Law Review*. Chicago: University of Chicago Law School. 1967. Vol. 35. Pp. 14 – 46 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3553&context=uclev>

⁶ *Ibidem*

⁷ *Ibidem*

⁸ *Ibidem*

⁹ *Ibidem*

posibilidades jurídicas y reales existentes”¹⁰, es decir, pueden cumplirse en diferente grado. De otro lado, la forma jurídica mediante la cual se aplican las reglas es la subsunción y los conflictos entre ellas se solucionan con los criterios de especialidad, jerarquía, temporalidad o mediante el establecimiento de cláusulas de excepción mientras que, en caso de colisiones entre principios, uno de ellos tiene que ceder frente al otro en esas circunstancias específicas del caso concreto, lo cual se determina a través de un proceso de ponderación del que surge una regla que establece la precedencia de uno con respecto al otro. De esta manera, principios y reglas se diferencian cualitativamente, por la forma en que se aplican y la manera en la que se resuelven los conflictos entre ellos y no con base en un simple criterio cuantitativo o de grado.

Como consecuencia de lo anterior, establecer el contenido exacto de un principio no resulta pragmático. Debido a su naturaleza, debe reconocerse que, a pesar de que su diferencia fundamental con las reglas es una cuestión cualitativa y no cuantitativa, tienen un contenido abstracto que los hace normas abiertas, cuyo significado y aplicación requerirá muchas veces de las circunstancias de los casos *sub judice*. Como se verá, esta consideración es importante en el caso del principio de igualdad de armas pues establece una característica relevante que servirá para la comprensión de su esencia y alcance específico en el marco de un procedimiento penal, concretamente en el contexto del proceso penal internacional en el cual, si bien este mandato no prescribe un catálogo preciso de derechos, sí busca que ciertas garantías sean aplicadas justamente¹¹, aunque nada obsta para que bajo su filosofía, prerrogativas que no han sido previstas puedan ser reconocidas con el objetivo optimizar esa igualdad entre las partes.

1.2 Concepto de igualdad

Como regla general el derecho a la igualdad ordena que todos los ciudadanos estén sometidos a un mismo cuerpo normativo y a un mismo sistema jurídico¹². El Estado tiene la obligación de tratar de manera igualitaria a todas aquellas personas que se encuentran en una misma

¹⁰ ALEXY, R. Op. Cit., P. 86

¹¹ FEDOROVA, M. *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*. Cambridge: Intersentia. 2012. P. 10

¹² BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. 6ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013. P. 92

situación. Ahora bien, al lado de esta concepción formal de igualdad se encuentra su acepción en sentido material¹³, según la cual, deberá darse un tratamiento diferenciado a aquellos que se encuentran en diferentes posiciones, de lo contrario, el uso del mismo rasero puede contribuir en la intensificación de esa brecha inicial.

En el ámbito procesal penal este mandato se materializa de una forma muy específica. El proceso es ante todo un diálogo entre las partes a través del cual se intenta llegar a la verdad¹⁴. Para que esa comunicación sea racional, los teóricos de la argumentación jurídica tienen en cuenta una serie de presupuestos esenciales que deben llevarse a cabo, entre los cuales, el principio de igualdad en el debate es sumamente relevante¹⁵, especialmente en dos puntos: i) igualdad en oportunidades de participación; y ii) la exigencia de que los razonamientos esgrimidos o las conclusiones a las que se llega deben ser aplicables a todos de la misma manera¹⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, si este proceso comunicativo parte y se mantiene en una posición de desigualdad, realmente no existe un diálogo sino apenas la imposición de una idea sobre otra, dificultando así el acceso a una verdad fiable. Un monopolio de la verdad en manos de las autoridades sólo sería compatible en un Estado autoritario donde no se reconozca ni la libertad ni la dignidad propia de las personas que les faculta para expresar sus opiniones y a que las mismas sean tenidas en cuenta con igual importancia.

Finalmente, es necesario señalar que las partes en el proceso penal, esto es, Fiscalía y Defensa, por naturaleza ostentan posiciones abiertamente desiguales donde el primero, por regla general, se ubica en una posición mucho más ventajosa que el segundo, pues, verbigracia, la Defensa no dispone de la misma estructura organizacional de la que hace parte el ente acusador. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta a lo largo de todo el proceso,

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-036 de 2015*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sobre la diferencia entre igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley ver CABAÑAS GARCÍA, J. *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*. Cizur Menor: Aranzadi, SA. 2010, pp. 51 - 63

¹⁴ Con independencia de toda la discusión sobre el tipo de verdad que se pueda alcanzar. Para los efectos de este texto se entenderá por tal una verdad judicial, aquella que surge del proceso al margen de una concepción ontológica de la misma.

¹⁵ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op., Cit., p. 611

¹⁶ ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989

lo que exige el reconocimiento de especiales facultades para la Defensa y la eliminación de todas aquellas medidas que puedan ahondar injustificadamente en esa brecha natural de manera que pueda garantizarse, con mayor probabilidad, una igualdad material.

1.3 Concepto de partes

La igualdad de la que se hablaba en el apartado inmediatamente anterior tiene una naturaleza intrínsecamente relacional, es decir, puede determinarse si existe o no a través de la comparación de una situación en relación con otra. Esos dos extremos entre los que se mide esa igualdad han sido tradicionalmente denominados como “partes”.

Mucho se ha discutido si en un proceso penal puede hablarse en estricto sentido de partes. Esta discusión se ha dado principalmente debido al intento de transposición de categorías propias del proceso civil al procedimiento penal. Quienes argumentan que no puede hablarse de este concepto en el ámbito procesal penal señalan principalmente que las partes ejercen derechos propios, con intereses contrapuestos y defienden una posición parcial¹⁷. En el campo del Derecho Procesal Penal la actividad de la Fiscalía se limita únicamente a acusar, por lo que esa carencia de interés imposibilita catalogarle como parte en sentido material. Tampoco puede decirse que el ente persecutor sea absolutamente parcial en la medida que tiene el deber de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo.

En esa línea, arguye la doctrina alemana que el procesado no puede gozar de esa calidad materialmente hablando porque en ocasiones no tiene poder dispositivo y adquiere carácter de medio de prueba¹⁸, sería factible hablar de esa noción sólo si se tiene en consideración que le asiste un interés material propio, el cual es, fundamentalmente, la defensa de su libertad y otros derechos que pueden verse afectados con la sentencia.

Así mismo, en la doctrina española se ha negado la existencia de esa categoría desde un enfoque material pues esto implicaría que la relación jurídico-procesal estuviera integrada por quienes participaron en el hecho delictivo, es decir, sujeto activo y sujeto pasivo del mismo, pero puede ocurrir que en la parte activa no esté el ofendido con el delito, sino que

¹⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 4ª Edición. Cizur Menor: Aranzadi, SA. 2010. P. 619

¹⁸ ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. 25ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. 2000. P. 124

sólo actúe la Fiscalía, quien iniciará y terminará el proceso sin la presencia de la víctima. Igualmente, puede suceder que, en la parte pasiva, el acusado no sea autor o participe del hecho punible y aun así haya figurado como parte en todo el procedimiento a pesar de no haber tenido participación en el delito¹⁹.

Es por todo lo anterior que autorizada doctrina²⁰ ha optado por un concepto formal, en virtud del cual es parte quien postula una resolución judicial frente a otra persona y aquél contra quien se formula dicha resolución²¹, quien ejercita la acción penal y quien la resiste o se opone a ella²².

Ahora bien, aunque esta noción se corresponde principalmente con el juicio oral, debe decirse que el procedimiento también exige en la fase de investigación²³ la equiparación de las posiciones del investigado y el ente acusador en muchos de sus contenidos²⁴ por lo que es conveniente hablar de la teoría de la posición jurídica, según la cual, hay partes activas y pasivas dependiendo de la situación de un sujeto en la estructura procesal y de los derechos que al mismo ha asignado la ley. Así, MORENO CATENA señala que en la parte activa estaría la Fiscalía y el actor civil, mientras que en la parte pasiva se ubica el sospechoso y el civilmente responsable²⁵. Este concepto de posición jurídica de las partes se concreta en tres principios, a saber²⁶: i) la persona sometida a la investigación penal no puede ser tratada como mero objeto del procedimiento sino como un interviniente en el mismo, es decir, no es un simple medio de prueba sino que debe haber un respeto por su dignidad y cuenta con las facultades para participar activamente en el mismo; ii) el fin del proceso penal no es sólo la

¹⁹ BARÓNA VILAR, S., GÓMEZ COLOMER, J., MONTERO AROCA, J. y MONTÓN REDONDO, A. *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. 18ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 63

²⁰ Al respecto ver los trabajos aquí citados de GIMENO SENDRA, MONTERO AROCA, BERNAL CUÉLLAR Y MONTEALEGRE LYNETT. También ver: ARMENTA DEU, T. *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2008

²¹ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op., Cit., p. 625

²² GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters. 2015. P. 219

²³ Donde resultan sumamente relevantes las prohibiciones probatorias con el objetivo de igualar la posición del sospechoso frente a la fiscalía en ese estadio del proceso

²⁴ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op., Cit., p. 625

²⁵ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op., Cit., p. 626

²⁶ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op., Cit., p. 626-629

búsqueda de la verdad sino también proceder respetando las garantías fundamentales; y iii) las desventajas propias de la posición del investigado deben corregirse durante el procedimiento²⁷.

Teniendo claro ya el concepto de parte, debe decirse que en materia de igualdad de armas el oponente no siempre se identifica estrictamente con el acusado o con el fiscal, sino que, pueden existir terceros que se unen al proceso, como ha sucedido con el *Avocat Général*²⁸ o con la figura del *Amicus Curiae*²⁹, cuyas posiciones u observaciones no pueden predicarse como neutrales. En esa línea, también señala acertadamente el profesor AMBOS, que la categorización de las víctimas, hecha por la SA de la CPI y algunos doctrinantes, como participantes y no como partes del procedimiento, es una diferencia más semántica que sustancial dados sus efectivos derechos de participación³⁰.

En ese mismo contexto, hay debate entre quienes consideran que el principio de igualdad de partes debería aplicarse únicamente en favor del acusado, es decir, que la Fiscalía no podría alegar ser víctima de una violación a ese mandato³¹, también están quienes, como el TEDH, arguyen que debe predicarse tanto de la Fiscalía como de la Defensa y hay otros que incluso amplían su aplicación en favor de las víctimas dadas sus especiales facultades de participación dentro del proceso³².

Entrar de lleno en esa discusión excede los propósitos de este trabajo, sin embargo, valga hacer una concreta apreciación. Esencialmente el principio de igualdad de armas se orienta a inclinar la balanza en favor del acusado de manera que alcance una condición más cercana a la de la Fiscalía ya que esta goza de una situación mucho más ventajosa. Dada la naturaleza propia de sus roles y posiciones, difícilmente puede presentarse un desequilibrio en favor del acusado y a expensas del ente persecutor, no obstante, no existe óbice para que en algún momento dicha hipótesis pueda tener lugar, sobre todo en el proceso penal internacional

²⁷ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op., Cit., p. 628

²⁸ SIDHU, O. *The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention of Human Rights*. Cambridge: Intersentia ltd. 2011. P. 94

²⁹ Que de facto se ha convertido en abogado defensor. AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law. Vol. III: International Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press. 2016. P. 204 - 205

³⁰ AMBOS, K. Op. Cit., P. 176. Pie de página No. 733

³¹ SIDHU, O. Op. Cit., P. 112

³² BERNAL CUERLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. Op. Cit., P. 205

donde la Corte no tiene la misma fuerza coercitiva que los jueces en el ámbito doméstico, por lo que debería dejarse abierta esa posibilidad en orden a garantizar el mandato superior de un juicio que como un todo sea justo pues no debe olvidarse que la Fiscalía, ante todo, actúa en protección de los intereses de la comunidad internacional y las víctimas. Lo cierto es que la carga de la prueba en ese tipo de casos deberá ser bastante elevada para el ente acusador ya que, teniendo en cuenta los poderes que posee, su posición es difícilmente afectada y fácilmente reequilibrada a lo largo del procedimiento, incluso sin medidas especiales de contrabalanceo. En cuanto a los demás intervinientes, cuyas opiniones y actuaciones no puedan ser tomadas como neutrales, es necesario decir que la protección de sus prerrogativas debe llevarse a cabo mediante la alegación de una violación de las mismas y no bajo el alcance del principio de igualdad de armas debido a que este tiene una finalidad diferente; sin embargo, sus actuaciones pueden ir en apoyo del ente acusador por lo que, dado que es un reforzamiento y una voluntad adicional a vencer dentro de la tesis de la Fiscalía, sí puede darse un desequilibrio que afecte la igualdad de armas en detrimento de la posición del sospechoso y en favor del ente persecutor.

Finalmente, es imperativo indicar que, para la CPI, en virtud de las razones que se exponen en el capítulo final de este texto³³, y contrario a lo afirmado por la profesora BUŽAROVSKA³⁴, este principio puede ser invocado en favor tanto de la Fiscalía como de la Defensa.

1.4 Concepto de armas

La idea de armas es una noción elemental que responde a la pregunta de cuáles son los mecanismos de ataque y defensa de los que se dispone para cristalizar la disputa entre tesis opuestas, en otras palabras, las facultades para una efectiva presentación del caso.

³³ Al respecto ver Capítulo III (1) de este texto

³⁴ Quien sostiene que el Estatuto de la Corte entiende que los beneficios de este principio son únicamente concedidos a la Defensa o a la Fiscalía en favor de la Defensa pues el artículo 81 (b) (iv) estipula que únicamente el acusado, o la Fiscalía en nombre del acusado, puede apelar una decisión alegando cualquier motivo que afecte la justicia o la regularidad del proceso o del fallo BUŽAROVSKA, G. “Interpretation of ‘equality of arms’ in jurisprudence of Ad hoc Tribunals and ICC”. En *SEEU Review*. Tetovo: South East European University. January 2016. Volume 11: Issue 1. Pp. 28 – 39 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://content.sciendo.com/view/journals/seeur/11/1/article-p28.xml>

Desde el punto de vista de la Defensa responde a la pregunta de cómo se defiende o cómo se resiste ante el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, lo que en lenguaje jurídico-procesal equivale a hablar de garantías y derechos procesales, por lo que conviene preguntarse ¿cuáles son esos derechos y garantías procedimentales?

Es obligatorio resaltar que no existe un catálogo cerrado debido a que su naturaleza como principio demanda una optimización constante, es cambiante, evolutivo, por lo que restringir su contenido implicaría un cercenamiento que podría poner en peligro la justicia del proceso como un todo. Sin embargo, pueden mencionarse como armas las siguientes facultades: el derecho a recibir información sobre los cargos³⁵ y la evidencia en contra, el acceso a los mecanismos procesales que lo habiliten para confrontar a la Fiscalía, el derecho a llamar testigos, comprende también los regímenes de descubrimiento probatorio donde el ente acusador debe enseñar tanto evidencia inculpatoria como exculpatoria, el acceso a medios estructurales que le permitan llevar a cabo su investigación³⁶, disponer de adecuado tiempo y facilidades para preparar su defensa, entre otros.

1.5 ¿Cuándo se entiende que se vulnera el principio de igualdad de armas? El concepto de desventaja

El TEDH en un correcto entendimiento de la igualdad material y de la desproporción natural propia de las relaciones entre Fiscalía y Defensa, ha señalado que toda desigualdad necesariamente es desventajosa pero que, no obstante, para encontrar una afectación significativa a la igualdad entre las partes, debe observarse el proceso como un todo³⁷ y así poder evidenciar si existió o no un real impacto en este principio. En esa línea, el Tribunal se ha percatado de que existen actos que por sí solos son capaces de generar un desbalance irracional entre las partes y que pueden afectar profundamente el resultado del proceso, pero también hay otros que, a simple vista o individualmente considerados, no generan ninguna

³⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de Julio de 1998.

³⁶ DIBELLA, A y JALLOH, C. Equality of Arms in International Criminal Law: continuing challenges. En: *Legal Studies Research Paper Series*. Pittsburgh: The Ashgate research companion to International Criminal Law - Critical perspectives. September 2013. No. 28. P. 251-287 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2314587

³⁷ FEDOROVA, M. Op. Cit., P. 40

disparidad, aunque sumados unos con otros reflejan una abierta desigualdad³⁸ que repercute en la *justicia* del proceso cuando se le observa *in toto*. Incluso, cuando existe una desventaja sustancial pero posteriormente se prevén remedios o medidas de contrabalanceo se ha entendido que el principio de igualdad de armas no se vulnera pues un examen general del procedimiento evidencia que sigue siendo justo.

La influencia de la anterior doctrina ha sido determinante en la jurisprudencia de la CPI quien también ha optado por un análisis del proceso como un todo³⁹ para determinar si ha tenido lugar una vulneración a la paridad procesal de las partes y así ha indicado, por ejemplo, que la igualdad de armas no se refiere a una igualdad matemática en recursos, sino que atiende a un concepto de balance.

2. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS.

La “compleja categoría de igualdad de armas”⁴⁰, cuya referencia es obligada en todo estudio serio, no sólo de procedimiento penal sino de Derecho Procesal en general⁴¹, no goza de consenso en cuanto a su definición, contenido y alcance, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, lo que trae consigo confusión, desorden y errores conceptuales que dificultan su estudio, entendimiento y aplicabilidad. Específicamente en el ámbito del Derecho Procesal Penal son varias los fundamentos y definiciones que al mismo han sido asignadas como se verá a continuación.

2.1 Fundamento y definición

En España el Tribunal Constitucional ha sido bastante ambiguo y en algunas de sus decisiones ha manifestado que el principio de igualdad de armas es una exigencia del principio de contradicción⁴², en otras ha dicho que se encuentra dentro del derecho a la tutela

³⁸ LÓPEZ ORTEGA, J. Prueba y Proceso Equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Revista Derechos y Libertades*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín oficial del Estado. Octubre 1993 - marzo 1994. No. 2. P. 597-628. 628 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1482>

³⁹ Al respecto ver el capítulo III de este texto

⁴⁰ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op. Cit., p. 628

⁴¹ Desde este estudio se plantea la viabilidad del principio de igualdad de armas como un principio general del Derecho

⁴² AATC 655 De 1984

judicial efectiva⁴³, en otras ha afirmado que hace parte del derecho a un proceso con todas las garantías⁴⁴ y en otras le ha tratado como una consecuencia del derecho de defensa⁴⁵. De la misma forma, autorizada doctrina⁴⁶ le ha caracterizado como una proyección del genérico principio de igualdad que se manifiesta en un proceso con todas las garantías, indicando que se vulnera cuando el legislador crea privilegios procesales sin fundamento constitucional objetivo y razonable o cuando el legislador o el juez crean posibilidades procesales que se niegan a la parte adversa⁴⁷

En Alemania, donde se le conoce como “*Waffengleichheit*”, a nivel doctrinal se le ha enmarcado dentro del principio general de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley⁴⁸ pero también dentro del estudio del *fair trial* o juicio justo⁴⁹.

En Colombia, la Corte Constitucional ha caracterizado la igualdad de partes como un elemento esencial del principio del juicio justo⁵⁰ aunque también le ha equiparado con la defensa técnica y ha indicado que hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso⁵¹. El máximo Juez Constitucional señaló que dicho principio tiene por objeto “garantizar que el acusador y el acusado tengan a su alcance posibilidades reales y ciertas para ejercer sus derechos y las herramientas necesarias para situarse en un equilibrio de poderes y hacer respetar sus intereses. Este principio supone la existencia de dos partes en disputa y se estructura como un mecanismo de paridad de lucha, de igualdad de trato entre los sujetos procesales o de justicia en el proceso”⁵².

Desde otra perspectiva, un sector de la doctrina deriva el principio de igualdad de armas del principio de contradicción señalando que el correcto desarrollo del contradictorio supone,

⁴³ SSTC 76/1982, de 14 de diciembre; 161/1985, de 29 de noviembre; 47/1987, de 22 de abril; 180/91, de 23 de septiembre; 162/1993, de 18 de mayo; 51/1996 de 26 de marzo; 77/1997, de 21 de abril; 268/2000 de 13 de noviembre; 221/2003 de 15 de diciembre; 19/2004 de 23 de febrero

⁴⁴ SSTC 27/1985 y 14/1992

⁴⁵ AATC 783/1985

⁴⁶ GIMENO SENDRA, V. Op. Cit., P. 119

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ ROXIN, C. Op. Cit., P. 79-81

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-536 del 2008*, M.P.: Jaime Araujo Rentería

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-127 de 2011*, M.P.: María Victoria Calle Correa

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-536 del 2008*, M.P.: Jaime Araujo Rentería

necesariamente, la existencia de igualdad de armas entre los contendientes⁵³ e indica que “tiene por finalidad subsanar el desequilibrio real que la persecución penal supone para el imputado. Para su efectivización requiere no solo rodear al imputado de recursos para incrementar su capacidad defensiva, sino también evitar otorgar facultades a la acusación que signifiquen un nuevo desequilibrio desfavorable para el inculpado”⁵⁴. En esa misma línea, puede encontrarse la opinión de reputada doctrina española que señala que de la dualidad de partes deriva el principio de contradicción cuya garantía depende de que ambos extremos procesales tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa⁵⁵.

El TEDH lo ha reconocido dentro del mandato general del *fair trial* consagrado en el artículo 6 del CEDH, señalando que consiste en que “cada parte debe tener una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no lo pongan en desventaja con respecto a su oponente”⁵⁶.

También la CPI ha encontrado el fundamento de la paridad de partes en el juicio justo⁵⁷ y así, la SCP ha dicho que se refiere a la capacidad de una parte en un procedimiento para presentar adecuadamente su caso, con miras a influir, a su favor, en el resultado final del mismo⁵⁸. En ese orden de ideas, respecto al contenido de la garantía otra Sala expresó que “una aplicación efectiva y significativa del principio *audi alteram partem* requiere que la parte demandada tenga suficiente tiempo para preparar su defensa”⁵⁹. Igualmente, otra Sala señaló que igualdad de armas, en el sentido de un equilibrio justo entre las partes, se mantiene cuando

⁵³ TREJO, L. Problemas prácticos del Proceso Penal a la luz del principio de igualdad de armas como garantía constitucional del imputado. En *Revista Aequitas*. Buenos Aires: Universidad del Salvador. 2015. Vol. 9 Num. 9. P. 287 – 305 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/download/3942/4880>

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ BUJOSA VADELL, L., HUERTAS MARTÍN, I., DEL POZO PÉREZ, M. y VICENTE JIMÉNEZ, C. 2ª edición. *Derecho Procesal Penal*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2007. P. 95

⁵⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Bulut v. Austria*, App. No. 17358/90, 22 de febrero de 1996. Par. 47

⁵⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber III’s Decision on Disclosure”. ICC-01/05-01/08. 25 August 2008, para. 14

⁵⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Kony et al.* “Decision on Prosecutor’s application for leave to appeal in part Pre-Trial Chamber II’s Decision on the Prosecutor’s application for Warrants of Arrest under article 58”. ICC-02/04. 18 July 2005.

⁵⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Germain Katanga and Ngudjolo Chui*. “Decision on the ‘Prosecution’s Application Concerning Disclosure Pursuant to rules 78 and 79 (4)’”. ICC-01/04-01/07. 14 September 2010, para. 37

una parte tiene la oportunidad real de presentar su caso, en condiciones que no la ponen en una desventaja sustancial frente a su oponente, y de ser evaluado y comentar las observaciones y las pruebas presentadas ante la Corte que puedan influir en su decisión⁶⁰.

De lo anterior puede constatarse que, existe acuerdo en cuanto a su existencia, pero reina gran confusión respecto a su definición y contenido por lo que deviene necesaria su diferenciación con otros mandatos, aunque de manera muy breve debido a que una elaboración exhaustiva de esta distinción excede los límites de esta investigación.

2.2 El principio de igualdad de armas y el principio acusatorio

El principio acusatorio, con el objetivo de asegurar imparcialidad, exige la diferenciación entre un órgano instructor y otro juzgador, la división y reparto de roles donde uno es el que acusa y otro el que juzga, funciones que, sin embargo, estarán vinculadas por el principio de congruencia según el cual, no se puede condenar por hechos distintos a los que se acusó (de lo que se deduce que, necesariamente, el procesado debe tener conocimiento previo de ese acto) ni a sujeto diferente de aquel que fue acusado. Así mismo, prohíbe la reforma en perjuicio cuando el recurrente es apelante único. Su relación con el principio de igualdad de armas es clara pues de existir un juez parcial, verbigracia, en favor de la Fiscalía, supone una evidente desventaja para la Defensa, quien deberá vencer una voluntad y apoyo adicional de la contraparte. Igualmente, el conocimiento previo de los hechos por los que se acusa es información esencial que constituye una de las armas con las que cuenta el procesado para el desarrollo de una efectiva estrategia defensiva.

No obstante lo indicado previamente, el principio de igualdad de armas, en primer lugar, tiene una naturaleza que no se refiere necesariamente a aspectos estrictamente orgánicos, sino que tiene una *esencia dual*, es decir, por un lado, puede garantizar derechos y, por otro, tiene una naturaleza de *modo*, de forma en la cual deben desarrollarse ciertas funciones y prerrogativas. Así, por ejemplo, si no se conoce la acusación, flagrantemente se vulnera tanto el principio acusatorio como el de igualdad de partes en tanto se despoja al sospechoso de una de sus armas, pero no basta tampoco con que exista un conocimiento previo de la

⁶⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber III’s Decision on Disclosure”. ICC-01/05-01/08. 25 August 2008, para. 14

acusación, sino que este debe darse en condiciones tales que no sitúen a la Defensa en una posición de inferioridad frente a la Fiscalía, por lo que, deberá concederse esa información con la antelación suficiente, de manera detallada, completa y en lenguaje comprensible.

En segundo lugar, el principio de igualdad de armas guarda una diferencia de grado con el principio acusatorio pues el primero no se circunscribe únicamente a aspectos de diferenciación de órganos y división de funciones sino que se proyecta sobre cada aspecto del proceso, verbigracia, guía también la manera en la que las víctimas pueden participar en el procedimiento penal (de manera tal que no se genere un desbalance en perjuicio para el acusado) o las condiciones en las cuales debe ser desarrollada la producción de material probatorio por parte de la Defensa.

2.3 El principio de igualdad de armas y el mandato general de igualdad

Aunque el mandato general de igualdad guarda una estrecha relación con el principio que aquí se estudia y señala varios de sus aspectos más importantes, debe decirse que no logra explicarlo de manera completa en su concreto ámbito de ejercicio. Su correcto entendimiento deriva también de su conexión con el principio acusatorio y de contradicción⁶¹ pues es a partir de sus interrelaciones que cobra una naturaleza especial y propia, no sólo más detallada sino diferente por lo que, su existencia no podrá predicarse, a pesar de existir un reconocimiento expreso del mandato general de igualdad, en sistemas donde no se pueda hablar de un sistema de partes en contienda.

2.4 El principio de igualdad de armas y el principio de contradicción

Estos mandatos *gemelos* tienen varias características en común, por ejemplo, ambos tienen plena aplicación en todas las fases del procedimiento, sin embargo, una sutil diferencia ha sido señalada por el TEDH⁶² quien ha indicado que el principio de contradicción ordena que ambas partes cuenten con los mismos documentos⁶³ en el momento de llevar a cabo las alegaciones, mientras que, la igualdad de partes exige que ambas partes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos en un plazo razonable y sin que tenga lugar una situación de

⁶¹ TREJO, L. Op. Cit., P. 290

⁶² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fretté v. Francia*. App. No. 36515/1997. Sentencia de 26 de marzo de 2002

⁶³ Así como también implica el derecho a discutirlos

desventaja de una parte frente a la otra. Posteriormente, señaló el Tribunal que el principio de igualdad de armas incorpora el derecho a un juicio contradictorio y así, cuando a ambas partes les es negada la posibilidad de estudiar información útil, hay vulneración del principio de contradicción, pero no hay transgresión a la igualdad de partes.⁶⁴

Finalmente, cabe decir que el principio de igualdad de armas se diferencia también del principio de contradicción desde una perspectiva de grado o generalidad pues el último se refiere a muy concretos ámbitos como la presentación del caso, evidencia y alegatos, mientras que, como se ha visto, la paridad de partes tiene un alcance mucho más amplio y en actuaciones de variada naturaleza.

2.5 Sistema procesal dentro del cual se enmarca el principio de igualdad de armas ¿inquisitivo o adversativo? ¿Es útil esta distinción?

Ya desde hace varios años se viene criticando esa distinción por múltiples y fuertes argumentos que le han tildado de irrelevante, vaga, inconsistente e insulsa⁶⁵, de los cuales vale mencionar el hecho de que no permite caracterizar una estructura de procedimiento específica⁶⁶ pues cada Estado adopta un método con base en su tradición jurídica lo que ha llevado a que se implementen modelos con características tanto inquisitivas como adversariales⁶⁷, por lo que los principios configuradores de un sistema no dicen nada *per se*. Por ejemplo, existen modelos acusatorios con jueces profesionales y no con jurados populares o de conciencia⁶⁸. No obstante, varios aportes de la dicotomía primigenia pueden resultar útiles para el estudio de la igualdad de partes.

⁶⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Dima v. Romania*. App. No. 58472/00. Sentencia de 11 de noviembre de 2006

⁶⁵ SUMMERS, S. *Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing. 2007. P. 5

⁶⁶ Es por eso que han surgido otros intentos por modelar el procedimiento criminal, dentro de los cuales vale mencionar: PACKER, H. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press. 1968; DAMAŠKA, M. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the Legal Process*. Connecticut: Yale University Press. 2009

⁶⁷ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. OP. Cit., p. 192

⁶⁸ MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997. P. 25-30

Tradicionalmente se ha vinculado el principio de igualdad de armas a la existencia de un proceso adversarial⁶⁹ y es que no podría ser de otra manera pues en un proceso puramente inquisitivo esa garantía no tendría lugar teniendo en cuenta que no existe como tal una contienda entre los extremos procesales, es más, el acusado no es siquiera considerado parte en el proceso sino apenas un mero objeto de prueba del cual el juez hace uso con el objetivo de ratificar en fase de juicio la idea que preconció mientras realizó la investigación.

Ahora bien, esa división teórica también permitió percatarse de que lo realmente importante es desentrañar los valores que rigen un determinado modelo de manera que, un estudio de sus instituciones y de su desarrollo haga posible una evaluación de la coherencia del mismo y así determinar, si en su conjunto, es justo o no de acuerdo con esos valores propios de la cultura jurídica en la cual fue creado. De esta manera, el principio de igualdad de armas tendrá un mayor o menor juego dependiendo de qué valores se privilegian en uno u otro sistema, verbigracia, en un sistema que prefiera la búsqueda de la verdad sobre el respeto por los derechos del procesado, la igualdad entre las partes tendrá un campo de acción más restringido.

Para concluir, debe decirse que para que pueda ser factible la aplicación del principio de igualdad de armas se requiere de la existencia de, al menos, dos partes en el proceso que puedan efectivamente participar en el mismo, lo cual tendrá lugar en todo Estado de Derecho pues es allí donde el respeto por la dignidad del ser humano se hace verdaderamente exigible, lo que imposibilita un tratamiento del procesado como un simple objeto de prueba, donde su actividad en el procedimiento tiene la posibilidad de determinar el resultado del juicio. Un trato justo incluye la observancia de una igualdad procesal, lo cual incrementa las probabilidades de asegurar un resultado justo en el juicio.

⁶⁹ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 7ª edición. Madrid: Trotta. 2005. Pp. 93 – 94 y 614.

CAPÍTULO II. DEL FUNDAMENTO NORMATIVO Y LAS RELACIONES ENTRE PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y *DISCLOSURE*.

Este capítulo establece el marco conceptual y jurídico en el cual se desenvuelve el objetivo principal de este texto, señalando de manera muy breve tanto las definiciones del principio de proporcionalidad y el descubrimiento de información, así como el fundamento normativo de estas dos figuras y del principio de igualdad de armas, cuyo análisis teórico se llevó a cabo en el capítulo precedente. Posteriormente, con la finalidad de alcanzar un entendimiento íntegro de las instituciones que aquí convergen y a través del cual sea posible una evaluación crítica del desarrollo del principio de igualdad de armas en el *disclosure* del proceso penal internacional a partir de su relación con el principio de proporcionalidad, se analizarán conceptualmente los puntos de contacto entre descubrimiento probatorio, principio de igualdad de armas y principio de proporcionalidad, lo que permitirá, a su vez, determinar la existencia y naturaleza de la relación entre estas dos últimas instituciones.

1. FUNDAMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

No existe referencia explícita al principio de igualdad de armas en el cuerpo normativo que conforma la estructura y los procedimientos que se siguen ante la CPI, no obstante, su desarrollo no se ha visto limitado por esta circunstancia. La evolución del principio de igualdad de armas en la CPI, como ha sucedido en otros escenarios nacionales e internacionales, ha tenido lugar a nivel jurisprudencial.

Lo primero que debe señalarse es que el Derecho aplicable por la CPI es, en primer lugar, el Estatuto, los Elementos de los crímenes y las RPP; en segundo lugar, tratados aplicables, principios y normas del derecho internacional y; en su defecto, los principios generales del derecho que infiera la Corte de los ordenamientos jurídicos internos del mundo. Así mismo, puede la Corte aplicar principios y normas de los que ya hubiera hecho alguna interpretación en previas decisiones⁷⁰. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario resaltar que los acusados

⁷⁰ ECPI. Artículo 21

ostentan derechos generalmente reconocidos en instrumentos internacionales tanto universales como regionales, los cuales constituyen también la base normativa que posibilita la construcción jurisprudencial del principio de igualdad de armas.

La CPI ha manifestado que el principio de igualdad de armas se encuentra en el artículo 67 (1) del Estatuto y, siguiendo los argumentos del TEDH, encuentra su fundamento primigenio en el derecho a un juicio justo o *fair trial*⁷¹ y a partir de allí ha elaborado toda su doctrina. En esa línea, cabe mencionar que dicha prerrogativa también se consagra en otros instrumentos internacionales y regionales de gran importancia, a saber: la DUDH artículos 10 y 11; el PIDCP artículo 14; la CADH artículo 8 (2) y; el CEDH artículo 6. De la misma manera, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha asociado el principio de igualdad de armas con el Artículo 7 de la Carta de Banjul⁷².

2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CPI

2.1 Concepto de principio de proporcionalidad

Significa equilibrio, balanceo, equidad, ponderación, nivelación, *igualdad*, adecuación⁷³, una situación media entre dos posiciones en pugna que en el ámbito del Derecho se traducen en intereses jurídicos, los cuales tienen la misma legitimidad para demandar su garantía.

El ordenamiento jurídico, como se mencionaba en el capítulo anterior, está conformado tanto de reglas como de principios. Esos principios, dada la complejidad del sistema normativo y, en general, de la diversidad de las relaciones sociales, suelen colisionar unos con otros por lo que no es posible, ni deseable, garantizarles una naturaleza absoluta, sino que deben compaginarse con el objetivo de lograr un sistema ordenado, coherente y justo. En otras palabras, existirán ocasiones donde esos mandatos deban ser limitados y, por tanto, no puede asegurarse su eficacia plena. Un ejemplo claro de un choque entre principios se presenta entre

⁷¹ Entre otras disposiciones que también hacen referencia directa al juicio justo. Al respecto ver los artículos 67 (1), 68 (1), 68 (3), 68 (5), 69 (4) del ECPI.

⁷² *Avocats Sans Frontières v Burundi (comm 231/99) African Comm Hum & Peoples' Rights (2000) P. 26-27.* Citado por SIDHU, O. Op. Cit. P. 86

⁷³ LONDOÑO AYALA, C. *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal.* Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2009. P. 56

el deber de la Fiscalía de buscar la verdad de los hechos y su obligación por el respeto de la integridad del sospechoso en aquellos eventos donde se requiere la extracción de una muestra del ADN del procesado con la finalidad de hacer un cotejo probatorio.

Las mencionadas restricciones, y es esta la fundamentación en sentido amplio del principio de proporcionalidad, en un Estado Social de Derecho respetuoso de la libertad y la dignidad del ser humano, no pueden ser fruto de un actuar arbitrario por parte de las autoridades estatales, sino que su proceder deber ser razonado. El principio de proporcionalidad, como estructura argumentativa racional y razonada, es una herramienta para determinar la legitimidad de las limitaciones a derechos fundamentales y el grado de esa afectación, lo que cobra especial relevancia en el proceso penal pues es la materia jurídica que en mayor medida y con mayor intensidad puede lesionar estas garantías dada la incesante tensión entre la protección de los derechos fundamentales y el ejercicio efectivo de la persecución penal⁷⁴.

Ahora bien, las exigencias mediante las cuales se concreta y estructura el principio de proporcionalidad son tres subprincipios que conforman el llamado “test de proporcionalidad”, a saber: subprincipio de idoneidad, subprincipio de necesidad y subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

En primer lugar, el subprincipio de idoneidad tiene que ver con la optimización de los mandatos dadas las posibilidades fácticas⁷⁵ y se refiere a la causalidad de las medidas en relación con los fines propuestos, exige una adecuación de los medios con los objetivos desde una perspectiva cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación de tal modo que la transgresión al derecho fundamental facilite la obtención de lo pretendido.

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad, que también hace referencia a la pretensión de lograr la mayor realización posible del principio teniendo en cuenta las posibilidades fácticas⁷⁶, alude a que el mecanismo adoptado sea el menos gravoso, en relación con los derechos de quien debe soportarlo, o el único capaz de alcanzar los fines a los que se aspira. En este escenario, se requiere un ejercicio comparativo con otras medidas que sean también

⁷⁴ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op. Cit., p. 389

⁷⁵ ALEXYY, R. Op. Cit., p. 524

⁷⁶ *Ibidem*

idóneas, donde será imperativo un análisis minucioso sobre sus aptitudes y los valores constitucionales en juego⁷⁷.

En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* expresa la optimización de los mandatos en relación con las posibilidades jurídicas⁷⁸ y ordena la ponderación en el caso concreto de los intereses contrapuestos con el objetivo de corroborar que la medida no genere una carga excesiva para quien debe soportarla. En otras palabras, debe determinarse si la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la consecución del fin que se pretende de manera que, posteriormente, sea factible “fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin”⁷⁹. Es este el escenario donde se verifica si la afectación del derecho fundamental es intensa, media o leve y a cuál de estas categorías corresponde el beneficio que se obtiene con la medida que restringe el derecho⁸⁰. Este subprincipio, mediante el cual se fija esa relación de precedencia, es idéntico a la ley de la ponderación⁸¹, una regla argumentativa que define la ponderación en sentido estricto⁸² y en virtud de la cual se determina:

- i) El grado de afectación de uno de los principios;
- ii) La importancia de la satisfacción del mandato que juega en contra y;
- iii) Si la relevancia de la satisfacción de este principio justifica la intervención del primero. En este tercer paso, se llega a esa justificación teniendo en cuenta, además del grado de afectación, el peso abstracto⁸³ de los mandatos y la seguridad de las apreciaciones empíricas⁸⁴ relativas a la afectación de ellos.

⁷⁷ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op. Cit., p. 427-429

⁷⁸ ALEXY, R. Op. Cit., P. 529

⁷⁹ BERNAL PULIDO, C. Op. Cit., p. 764

⁸⁰ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. Op. Cit., p. 430

⁸¹ ALEXY, R. Op. Cit., P. 529

⁸² BERNAL PULIDO, C. Op. Cit., p. 787

⁸³ El peso abstracto consiste en que, en ocasiones, dos principios colisionantes tienen la misma jerarquía dada la fuente de derecho que los reconoce pero que, a pesar de esto y según la concepción de los valores predominantes de la sociedad uno de ellos puede tener mayor importancia *in abstracto* BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op. Cit., p. 408

⁸⁴ Las apreciaciones empíricas consisten en la afectación que la medida adoptada proyecta sobre los principios, las cuales pueden tener un mayor o menor grado de certeza y eso significa atribuir un mayor o menor peso al principio en cuestión BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op. Cit., pp. 409 y 410

Ahora bien, ALEXY complementa la Ley de la ponderación con la llamada “fórmula del peso” a través de la cual se articula la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Se constituye en un recurso metodológico que ilustra la “estructura de la ponderación con la ayuda de un modelo matemático”⁸⁵.

Por último, este decurso argumentativo termina con las denominadas “cargas de la argumentación”, las cuales tienen lugar cuando existe un empate resultante de la aplicación de la fórmula del peso⁸⁶.

2.2 Fundamento normativo del principio de proporcionalidad en la CPI.

No existe referencia directa al principio de proporcionalidad en el Estatuto ni en las RPP, sin embargo, ha manifestado la Corte que puede decirse que se encuentra comprendido en el artículo 81 (4) del Estatuto y en la regla 68 (1)⁸⁷ de las RPP⁸⁸. Igualmente, debe decirse que tampoco existe una norma que establezca una obligación para los jueces de emplear el *test* de proporcionalidad.

El hecho de que el principio de proporcionalidad no encuentre consagración directa en la normativa de la CPI es una circunstancia común también en los ordenamientos jurídicos nacionales, como es el caso de España donde, por ejemplo, se ha sostenido que este mandato se encuentra implícito en el texto de la Constitución, concretamente, se adscribe al carácter jurídico de los derechos fundamentales, a la idea de justicia, al principio del Estado de Derecho y al principio de interdicción de la arbitrariedad⁸⁹.

⁸⁵ ALEXY, R. Sobre los derechos constitucionales a protección. En: ALEXY, R., BASTIDA, F., GARCÍA AMADO, J., GARCÍA FIGUEROA, A., HIERRO, L., MORESO, J., PARDO, C., PECES-BARBA, G., VALDÉS GARZÓN, E. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009. Pp. 45 - 84

⁸⁶ Aquí ALEXY propone dos soluciones contradictorias entre sí. Una donde defiende la existencia de una carga argumentativa en pro de la libertad y la igualdad jurídica y otra, propuesta quince años después, en virtud de la cual, los empates juegan en favor del principio democrático. Para ver en mayor detalle ALEXY, R. Op. Cit., p. 59 y ss., y el epílogo a la *teoría de los derechos fundamentales* P. 511 - 562

⁸⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81’”. ICC-01/04-01/06 (OA 5). 14 December 2006, para. 34

⁸⁸ se resalta que aun cuando el *corpus iuris* de la CPI no hace referencia directa al principio de proporcionalidad, existen otras normas, además de las indicadas por la Corte, que permiten su desarrollo, verbigracia, los artículos 64 (2), 68 (1), 68 (3), 68 (5), 69 (2) del Estatuto y las reglas 84, 91 (3), 101 (1) de las RPP, entre otras disposiciones.

⁸⁹ BERNAL PULIDO, C. Op., Cit. P. 600

No obstante, el principio de proporcionalidad cuenta con un reconocimiento prácticamente universal pues es utilizado en casi todas las culturas jurídicas alrededor del mundo⁹⁰. Así mismo, el uso del *test* de proporcionalidad ha sido ampliamente difundido y ha gozado de gran aceptación a nivel global⁹¹. Por ejemplo, algunos tribunales internacionales han vinculado su existencia a otros principios, verbigracia, la SPI del TPIY sostuvo que la legalidad en la búsqueda de materiales probatorios en posesión del procesado dependía en gran parte de la proporcionalidad de la medida⁹². Sin embargo, a pesar de este antecedente, el requisito de proporcionalidad parece tener una “vida bastante oscura”⁹³ en los procesos penales internacionales y las referencias a él no son comunes.

Para finalizar, es necesario decir que ahondar en el fundamento o en la forma en la que la CPI ha desarrollado este mandato en su integridad es un tema que supera los límites de esta investigación, de manera que, en el tercer y último capítulo de este texto, se hará hincapié únicamente en su relación con el principio de igualdad de armas y cómo este mandato ha sido desarrollado en el *disclosure* del proceso penal internacional a partir de ese vínculo.

3. CONCEPTO Y MARCO LEGAL DEL DESCUBRIMIENTO DE INFORMACIÓN EN LA CPI

3.1 Concepto de descubrimiento de información

El “*discovery*” es un instituto originado en los sistemas procesales del *common law* y consiste en permitir a las partes el conocimiento de los elementos materiales probatorios que tengan intención de hacer valer en la presentación de su caso en el juicio. Es oportuno resaltar que el descubrimiento de medios de prueba también es reconocido en procesos de tendencia

⁹⁰ BARAK, A. *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra editores. 2017. Pp. 205-243

⁹¹ *Ibidem*

⁹² Conviene mencionar que este tribunal hizo específicamente referencia a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (Trial Chamber) *Prosecutor v Milomir Stakic*. Order to the Registry of the Tribunal to provide documents. 5 July 2002.

⁹³ DE MEESTER, K., PITCHER, K., RASTAN, R., SLUITER, G. Investigation, Coercive Measures, Arrest and Surrender. En: FRIMAN, H., SLUITER, G., LINTON, S., VASILIEV, S., ZAPPALA, S (editors). *International Criminal Procedure. Rules and principles*. Oxford: Oxford University Press. 2013. Pp. 171-381 (traducción propia)

inquisitiva, aunque de manera indirecta mediante la figura del “*case dossier*”⁹⁴. Esta institución también ha recibido el nombre de “*disclosure*” que describe “*the mandatory divulging of information to a litigation opponent according to procedural rules*”⁹⁵ y cuya naturaleza le hace un elemento esencial en los procesos de tendencia adversarial, constituyéndose en un requisito central para asegurar la eficacia del derecho a un juicio justo.

Aunque *discovery* y *disclosure* suelen ser términos que se usan indistintamente, pueden hallarse ciertas diferencias. En Inglaterra y Gales, *disclosure* hace referencia a la entrega de información relevante de una parte a la otra mientras que en el sistema judicial de los Estados Unidos se entiende por *discovery* al momento en el que uno de los contendientes del caso aprende de los medios probatorios que la contraparte pretende presentar⁹⁶. En este mismo contexto, se ha definido también como un acto de la Defensa cuyo propósito es obtener información para utilizar en el juicio, el cual se concreta mediante la petición de producción de documentos, interrogatorios escritos, grabaciones, declaraciones de partes, etc.⁹⁷.

La razón de ser de esta institución es evitar la introducción de elementos materiales probatorios de manera sorpresiva, previniendo el entorpecimiento del contradictorio, el cual, como se sabe, puede verse fácilmente alterado dada la desventaja natural en la que se encuentra el procesado en relación con la Fiscalía⁹⁸. Siguiendo esa lógica, no debe olvidarse que, aunque el procedimiento adquiriera una connotación de contienda “el fin último constitucional del proceso penal es la realización de la justicia material, lo cual implica que el discurso sobre la responsabilidad penal del acusado debe erigirse sobre la base de hechos conocidos y dudas razonables, pero no de pruebas ocultas o acusaciones inesperadas”⁹⁹. En

⁹⁴ AMBOS, K. “Confidential investigations (article 54 (3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure obligations: The Lubanga Case and National Law”. En: *New Criminal Law Review: An international and interdisciplinary journal*. Berkeley: University of California Press. Fall 2009. Volume 12, No. 4. Pp. 543 – 568. [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c76c63/pdf/>

⁹⁵ CAMPBELL BLACK, H. *Black’s law dictionary. Definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern*. 4th edition. Minnesota: West Publishing Company. P. 563

⁹⁶ Conforme a esa distinción, puede concluirse que *discovery* por la Defensa corresponde a *disclosure* para la Fiscalía y *discovery* por la Fiscalía es *disclosure* para la Defensa AMBOS, K. *Treatise on International Criminal law*. Op. Cit., p. 520

⁹⁷ AMBOS, K. *Confidential investigations*. Op. Cit., p. 561

⁹⁸ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo II. Estructura y garantías procesales*. 6^a edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013. P. 771

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-1194 de 2005*. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

últimas, lo que se quiere eludir es lo que se conoce en el *common law* como una emboscada probatoria: “‘no trial by ambush’ is the underlying rationale of the disclosure obligations, which serves the fairness of the process”¹⁰⁰.

Para terminar, conviene indicar que la consecuencia de no cumplir con la obligación de descubrir los elementos materiales probatorios, en términos generales, es la incapacidad de estos para convertirse en plena prueba, los cuales, de ser valorados para la toma de una decisión judicial, no pueden acarrear otro resultado que la nulidad del acto por vulneración del derecho a un juicio justo, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, el derecho de defensa, entre otros. Es más, la gravedad de las conductas puede ser tal que sea necesario ordenar la suspensión o la terminación del proceso, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que consagre el ordenamiento jurídico en cuestión.

3.2 Marco legal del descubrimiento de información en la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma, las RPP y el Reglamento de la Corte son los tres instrumentos principales que regulan los procedimientos ante la CPI. El Estatuto, concretamente, se refiere de manera directa e indirecta al descubrimiento de información. Entre otras cosas, hace referencia a los derechos del acusado¹⁰¹, la confirmación de los cargos antes del juicio¹⁰², las funciones de las Salas, los poderes de los jueces¹⁰³ y los deberes y facultades del fiscal¹⁰⁴.

En lo que se refiere a las obligaciones en materia de descubrimiento señala claras diferencias entre Fiscalía y Defensa dados los roles que cada parte desempeña¹⁰⁵. Por su parte, el ente acusador tiene el *onus probandi* y debe buscar tanto material inculpatario como exculpatario mientras que la labor de la Defensa es más bien reactiva a la presentación de medios de prueba por parte del ente persecutor¹⁰⁶.

¹⁰⁰ FEDOROVA, M. Op. Cit., p. 233

¹⁰¹ ECPI. Artículo 67

¹⁰² ECPI. Artículo 61

¹⁰³ ECPI. Artículo 64

¹⁰⁴ ECPI. Artículo 54

¹⁰⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. “Decision on the ‘prosecution’s application concerning disclosure by the defence pursuant to rules 78 and 79 (4)’”. ICC-01/04-01/07. 14 September 2010, para. 36

¹⁰⁶ *Ibidem*

Así mismo, el Estatuto y las RPP distinguen dos momentos¹⁰⁷ en los que tiene lugar la revelación de información, etapas que se caracterizan por un alcance diferente del material divulgado: i) antes de la confirmación de los cargos: donde la presentación del material probatorio tiene por objeto convencer a la SCP de la existencia de motivos suficientes para creer que la persona investigada cometió cada uno de los cargos alegados y; ii) antes del juzgamiento: donde se allegan potenciales pruebas que se quieren hacer valer en juicio con la finalidad de probar la culpabilidad del procesado más allá de toda duda razonable.

Desde otra perspectiva, se distingue entre el descubrimiento entre las partes propiamente dicho y la obligación de permitir al otro extremo procesal la inspección de libros, fotografías, mapas y objetos tangibles¹⁰⁸. La primera requiere un rol activo de proporcionar a la contraparte el material probatorio y la segunda hace referencia a una obligación pasiva que ordena permitir el acceso a esos medios de prueba. En esa línea, también se diferencia el descubrimiento que se hace entre las partes y la comunicación de ese material descubierto a la SCP¹⁰⁹, quien determinará si esa actividad tuvo lugar en condiciones satisfactorias.

Ahora bien, teniendo en cuenta las normas que regulan la divulgación de información antes de la confirmación de cargos¹¹⁰ y a través de todo el proceso¹¹¹, con el objetivo de lograr un entendimiento general, pero claro, de la estructura del descubrimiento ante la CPI, puede esquematizarse esta institución de la siguiente manera:

3.2.1 Descubrimiento de información por parte de la Fiscalía durante las investigaciones

Se refiere al material utilizado por el fiscal para solicitar a la SCP la emisión de una orden de arresto. Aquí, se deben ofrecer elementos materiales probatorios lo suficientemente capaces para creer que la persona cometió un crimen de competencia de la Corte¹¹².

¹⁰⁷ SCHOON, C. Op. Cit., p. 275

¹⁰⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision on the final system of disclosure and the establishment of a Timetable”. ICC-01/04-01/06. 15 May 2006, p. 4

¹⁰⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the evidence disclosure system and setting a Timetable for disclosure between the parties”. ICC-01/05-01/08. 31 July 2008, para. 42. También ver: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable”. ICC-01/04-01/06. 15 May 2006, p. 4

¹¹⁰ ECPI. Artículo 63; y RPP-CPI regla 121.

¹¹¹ RPP-CPI. reglas 67, 76, 77 y 83 que señalan la divulgación de elementos probatorios por parte de la Fiscalía; y las reglas 78, 79 y 80 que prescriben el descubrimiento por parte de la Defensa

¹¹² Ni el Estatuto ni las RPP proporcionan información sobre el descubrimiento de medios de prueba a la persona sujeta a una orden de detención antes de entregarse a la Corte, sin embargo, la solución ha sido proporcionada

3.2.2 Descubrimiento de información por parte de la Fiscalía antes de la confirmación de los cargos

El propósito de la audiencia de confirmación de cargos es escoger aquellos casos que merecen ir a juicio como resultado de la investigación hecha por el ente persecutor¹¹³, pero también la posibilidad del procesado de familiarizarse y controvertir tanto los cargos como los medios probatorios presentados para sustentarlos¹¹⁴. De otro lado, el artículo 61 (3) señala que, en un tiempo razonable antes de la audiencia, la Fiscalía debe proveer al investigado una copia del documento que contiene los cargos por los cuales el fiscal le quiere llevar a juicio¹¹⁵. Así mismo, este artículo indica que debe ser informado de los medios probatorios en los que la Fiscalía basará sus argumentos en la confirmación de cargos.

En ese orden de ideas, la regla 121 (3) complementa el artículo 61 (3) en la medida que provee un régimen detallado que rige el descubrimiento antes de la confirmación de cargos¹¹⁶. Ordena que ese tiempo razonable debe ser, al menos, 30 días antes de la audiencia y que la descripción de estos, y de los medios de prueba que se pretenden usar, debe hacerse de manera detallada. Siguiendo esa línea, y de una lectura conjunta con el artículo 121 (8), se infiere que todo material probatorio allegado después del tiempo límite debe excluirse.

por la jurisprudencia, la cual ha dicho que el descubrimiento puede tener lugar durante la investigación. ver en mayor detalle HEINZE, A. *International Criminal Procedure and Disclosure: an attempt to better understand and regulate disclosure and communication at the ICC on the basis of a comprehensive and comparative theory of criminal procedure*. Berlin: Duncker and Humblot GmbH. 2014, p. 413; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Bemba*. “Judgment on the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the Decision of Pre-Trial Chamber III entitled ‘Decision on Application for Interim Release’”. ICC-01/05-01/08-323. 16 December 2008

¹¹³ CHANG-JUNG YANG, A. *The Prosecution’s Duty of Disclosure before International Criminal Tribunals* (Doctoral Thesis). London: Brunel University – Brunel Law School. 2016. P. 303

¹¹⁴ *Ibidem*

¹¹⁵ Una provisión detallada de lo que debe tener este documento se encuentra en el Reglamento de la Corte CORTE PENAL INTERNACIONAL. Magistrados de la Corte, Quinta sesión plenaria, La Haya, 17 – 28 de mayo de 2004. *Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional. ICC-BD/01-01-04. Reglamento de la Corte*. 26 de mayo de 2004. Norma 52: “El documento en que se formulan los cargos, tal como se menciona en el artículo 61, deberá incluir:

- a) El nombre completo de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;
- b) Una relación de los hechos, incluyendo la hora y lugar de los presuntos delitos, que proporcione una base jurídica y fáctica suficiente para hacer que la o las personas comparezcan en juicio, incluyendo hechos pertinentes acerca del ejercicio de su competencia por parte de la Corte;
- c) Una tipificación jurídica de los hechos que dé cuenta tanto de delitos conforme a los artículos 6, 7 u 8 como de una forma precisa de participación conforme a los artículos 25 y 28”.

¹¹⁶ BRADY, H. Disclosure of Evidence. En S. Lee, R. *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Ardsley: Transnational Publishers. 2001. Pp. 403 - 426

Finalmente, la regla 121 (2) se refiere al deber de comunicar a la SCP todo elemento probatorio descubierto entre las partes. De esta manera, la SCP podrá determinar si ese descubrimiento se realizó en condiciones satisfactorias o no.

3.2.3 Descubrimiento de información por parte de la Fiscalía durante el procedimiento

La regla 76 consagra la divulgación de información antes del juicio con referencia a los testigos del ente persecutor, quien está obligado a revelar los nombres de los testigos que quiere llamar a testificar, así como también divulgará sus declaraciones previas en lenguaje original y en un idioma que el sospechoso entienda¹¹⁷. Esta obligación debe cumplirse con suficiente antelación para que la Defensa pueda preparar su estrategia procesal¹¹⁸. Valga mencionar que en la confirmación de cargos la Fiscalía no está obligada¹¹⁹ a llamar testigos si considera que es suficiente presentar documentos o evidencia sumaria¹²⁰. Esta regla se aplica sin perjuicio de las restricciones al descubrimiento que prevé el Estatuto y las RPP¹²¹.

3.2.4 Regla 77. Inspección de material probatorio en posesión de la Fiscalía

El fiscal debe permitir la inspección de libros, documentos, fotografías y material tangible que esté en su posesión o bajo su control y que sea material para la preparación de la defensa o que se pretende usar por el fiscal en la confirmación de los cargos o en juicio. Igualmente, debe permitirse el acceso a este tipo de material si perteneció o fue obtenido del acusado¹²².

¹¹⁷ En este contexto puede haber un posible conflicto con la Regla 121 (3) que ordena a la Fiscalía proveer una descripción detallada de los cargos y (sólo) una *lista* (y no ambas, las copias de las declaraciones y los nombres de los testigos que se quieren llamar según lo ordena la regla 76) de los medios de prueba que se quieren hacer valer en la confirmación de cargos. Al respecto ver: HEINZE, A. Op. Cit., p. 378; BRADY, H. Op. Cit., P. 403 y 410.

¹¹⁸ el tiempo límite para que decida sobre los medios probatorios en los que pretende confiar es de no menos de treinta días antes de dicha audiencia o quince días en caso de existir nuevos elementos materiales probatorios. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable”. ICC-01-04-01-06. 15 May 2006, para. 105.

¹¹⁹ ECPI. Artículo 61 (5)

¹²⁰ Sin embargo, si el ente acusador decide confiar en versiones redactadas de declaraciones previas hechas por testigos sin llamar a los mismos, debe proveer copia de las versiones no redactadas de esos testigos a la Defensa FIORI, B. *Disclosure of Information in Criminal Proceedings: A Comparative Analysis of national and international criminal procedural systems and human rights law*. Oosterwijk: Wolf Legal Publishers. 2015. P. 261

¹²¹ Restricciones basadas en la necesidad de salvaguardar tanto la protección y privacidad de víctimas y testigos como el resguardo de material confidencial ECPI. Artículo 76 (4)

¹²² Es apropiado mencionar que, dado que esta regla no define lo que debe entenderse por “material para la preparación de la defensa” la Sala de Apelaciones de la CPI ha tenido que interpretarla y lo ha hecho de manera amplia estableciendo que incluso material que no está directamente relacionado con el caso pero que tiende a explicar la situación general en un escenario de conflicto puede ser “material” en el sentido de la regla 77. Al respecto ver HEINZE, A. Op. Cit., P. 355; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Thomas*

3.2.5 Descubrimiento de material exculpatario conforme al Artículo 67 (2)

El fiscal tiene la obligación continua de revelar, tan pronto como sea posible, material exculpatario que posea. Si el fiscal duda acerca del carácter exculpatario de la información, será la Corte quien decida si tiene esa calidad o no. Conviene resaltar que este es un deber derivado del artículo 54 que obliga a la Fiscalía¹²³ a buscar tanto materiales probatorios de cargo como de descargo. Ahora bien, el material que es tanto inculpatario como exculpatario debe ser descubierto bajo la regla que en aquí se estudia¹²⁴.

3.2.6 Descubrimiento de información por parte de la Defensa

Las reglas 78 y 79 consagran estas obligaciones. La primera disposición señala que la Defensa debe permitir la inspección de libros, documentos, fotografías y documentos tangibles que tenga en su posesión o control y que quiera hacer valer en la confirmación de cargos o el juicio. El deber de descubrir material por parte de la Defensa es más limitado¹²⁵ que el de la Fiscalía, estas reglas son permisivas más que obligatorias¹²⁶ y no hay obligaciones a menos que se pretenda usar como evidencia¹²⁷, caso en el cual debe proveer una descripción de los medios probatorios a la SCP dentro de los quince días anteriores a la confirmación de los cargos¹²⁸. Esta regla aplica tanto para esta audiencia como para el juicio. De otro lado, la regla 79 obliga a la Defensa a descubrir a la Fiscalía la existencia de una coartada, indicando el lugar donde la persona alega haber estado, así como los nombres de testigos y cualquier otro medio que pretenda usar para fundamentarla. Así mismo, debe descubrir su intención de alegar una causal de exclusión de responsabilidad penal¹²⁹.

Lubanga Dyilo. “Judgment on the appeals of The prosecutor and The defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ participation of 18 January 2008”. ICC-01/04-01/06-1432. July 11 2008, paras. 76 - 82; También ver: SAFFERLING, C. *International Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press. 2012. p. 278. Algunos autores sostienen que esa amplia interpretación hace que la Regla 121 (3) no tenga sentido. Al respecto ver: SCHUON, C. *International Criminal Procedure: A Clash of legal cultures*. The Hague: T.M.C. Asser Press. 2010. P. 278

¹²³ HEINZE, A. Op. Cit., p. 344

¹²⁴ HEINZE, A. Op. Cit., p. 347

¹²⁵ No obstante, el rol proactivo del juez puede ampliar el alcance de sus obligaciones. Al respecto ver: FIORI, B. Op., Cit. P. 268 - 271

¹²⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision on the Disclosure by the Defence”. ICC-01/04-01/06. 20 March 2008, para. 27. Ver ECPI, Artículo 61 (6)

¹²⁷ FIORI, B. Op. Cit., P. 267

¹²⁸ RPP-CPI. Regla 121 (6)

¹²⁹ Estatuto de Roma, artículo 31 (1)

Para terminar, la regla 80 señala que debe llevarse a cabo este deber con antelación suficiente para que el ente acusador pueda preparar su caso¹³⁰. No obstante, la regla 79 (3) expresa que fallar en el cumplimiento de esta obligación no limita el derecho de la Defensa para hacer valer una coartada o alegar una eximente de responsabilidad penal y presentar medios materiales probatorios con posterioridad.

3.2.7 *Las funciones de la SCP y la SPI en relación con el descubrimiento de información*

La regulación 54 del Reglamento de la Corte¹³¹, con el objetivo de que las partes puedan prepararse para la audiencia de juzgamiento, establece que la SPI puede ordenar el descubrimiento de medios de prueba y, concretamente, declaraciones de testigos que las partes quieran hacer valer. Así mismo, la regla 84 prescribe que la Sala deberá¹³² dictar las providencias necesarias para la presentación de pruebas adicionales y para que se descubran documentos o información no revelados previamente¹³³. Esta regla concluye prescribiendo que se decretarán fechas estrictas con la finalidad de evitar dilaciones al inicio del juicio.

3.2.8 *El registro de los procedimientos conforme a la regla 121 (10)*

La Secretaría debe crear y mantener un completo y exacto registro de los procedimientos surtidos ante la SCP, el cual debe incluir *todo*¹³⁴ el material descubierto por las partes y

¹³⁰ El objetivo de esta norma es darle a la Fiscalía el contexto en el cual va a desarrollar su interrogatorio de los testigos de la defensa, lo que permite una mayor eficiencia en los procedimientos vistos como un todo. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Defence Disclosure and Related Issues”. ICC-01/05-01/08. 24 February 2012, para. 28

¹³¹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Magistrados de la Corte, Quinta sesión plenaria, La Haya, 17 – 28 de mayo de 2004. *Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional*. ICC-BD/01-01-04. *Reglamento de la Corte*. 26 de mayo de 2004

¹³² Con la finalidad, entre otras, asistir a las partes en la preparación de sus casos, de cumplir con su deber en la búsqueda de la verdad y facilitar un justo y expedito desarrollo de los procedimientos. FIORI, B. Op. Cit., 271 – 273; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable”. ICC-01/04-01/06. 15 May 2006, paras. 73 - 75

¹³³ Es en virtud de esta regla que se dice que la Fiscalía debe cumplir con la obligación del descubrimiento de “manera continua”, es decir, que va más allá de la etapa del juicio y se extiende a la etapa de apelaciones AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law*. Op. Cit., P. 523

¹³⁴ Sobre lo que debe entenderse por “todo” la jurisprudencia de la CPI ha desarrollado dos interpretaciones diferentes. La primera, denominada “*The Bulk Rule*”, según la cual sólo el material que será usado en la confirmación de cargos debe ser descubierto a la Defensa y comunicado a la SCP; la segunda, “*The Totality Rule*”, conforme a la cual el fiscal debe descubrir los medios de prueba de verdadera relevancia para el caso (incriminatorios o exculpativos) y extiende el alcance de la comunicación a la SCP de todo el material intercambiado entre las partes sin importar su intención de hacerlo valer en la confirmación de cargos. Para ver en mayor detalle AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law*. Op. Cit., p. 527 y HEINZE, A. Op. Cit., pp. 36, 45, 77, 238, 241, 249, 384, 412, 418, 499, 510

comunicado a la Sala. Este registro estará sujeto a las reglas de confidencialidad y a la protección de información que afecte a la seguridad nacional¹³⁵.

3.2.9 Restricciones al descubrimiento de información¹³⁶

En primer lugar, la regla 81 (1) señala que no están sujetos a revelación los informes, memorandos o documentos internos de trabajo preparados por las partes. Así mismo, la regla 81 (2) regula los casos en los cuales el fiscal tiene información que debe ser revelada pero cuyo descubrimiento puede perjudicar investigaciones en curso o futuras. En este caso, podrá pedir a la Sala que determine si debe ser revelada esa información o no. En todo caso, estos elementos sujetos a restricción no pueden constituirse como evidencia en juicio si antes no son descubiertos a la Defensa.

Por otra parte, las reglas 81 (3) y 81 (4) regulan las situaciones donde se han tomado medidas para asegurar la confidencialidad de la información y la seguridad de víctimas y testigos¹³⁷. En este caso, no se puede revelar este tipo de elementos probatorios si no se sigue el procedimiento establecido para ello en el Estatuto. Igualmente, el artículo 68 decreta que, si la revelación de información puede poner en peligro la situación del testigo o su familia, el fiscal podrá optar por descubrir resúmenes de ese medio probatorio o información. Sin embargo, esta medida no puede ir en detrimento de los derechos del acusado.

Finalmente, la regla 81 (5) señala que el material o información no descubierto bajo el marco del artículo 68 (5) no se puede volver plena prueba si no se revela previamente a la Defensa. Lo mismo indica la regla 81 (6) para el investigado quien puede enviar un resumen de la información relevante cuando su descubrimiento pueda poner en peligro al testigo o su familia. Empero, estos mecanismos probatorios no tienen la capacidad de constituirse en evidencia si no se descubren con anterioridad al ente acusador¹³⁸.

¹³⁵ En concordancia con las reglas 130 y 131 (2)

¹³⁶ En el siguiente capítulo se estudia *in extenso* y a profundidad todo lo referente a las limitaciones del descubrimiento de información, por lo que, basta acá con dejar por sentado el marco legal general, de manera que sea posible una ubicación conceptual y normativa que facilite posteriormente una mejor comprensión de este tópico

¹³⁷ En concordancia con los artículos 54, 68, 72, y 93 del ECPI

¹³⁸ Finalmente, aunque las limitaciones al descubrimiento de información se verán en detalle en el siguiente capítulo, conviene decir que la Corte estableció que como regla general las declaraciones deben ser descubiertas de manera completa a la Defensa, por lo que cualquier restricción en descubrimiento sobre nombres o partes, o ambos, de las declaraciones de los testigos que la Fiscalía quiere hacer valer en la confirmación de los cargos

3.2.10 Información y comunicación privilegiadas

La regla 73 constituye una excepción al descubrimiento enmarcada en la sección I (La prueba)¹³⁹. Se refiere a la comunicación e información que hace parte de las relaciones cliente-abogado y otros grupos de personas donde sea razonable esperar que las comunicaciones sean confidenciales. En cuanto a la relación cliente-abogado establece la regla 73 (1) que esta información no está sujeta a revelación a menos que el cliente consienta por escrito en ello o que lo divulgue voluntariamente a un tercero y ese tercero lo demuestre. Igualmente, la regla 73 (2) señala que la información originada en otras relaciones de confidencialidad no estará sujeta a divulgación si la Sala decide que i) esas comunicaciones hacen parte de una relación de confidencialidad de la cual se espera razonablemente privacidad y no divulgación; ii) la confidencialidad es indispensable para ese tipo de relación; iii) el reconocimiento de ese privilegio promovería los objetivos del Estatuto y de las RPP. No obstante lo anteriormente señalado, el CCPA¹⁴⁰ señala que la información confidencial de la relación cliente-abogado puede ser revelada cuando lo ordene la Corte.

De otro lado, la regla 73 (4) indica que ningún documento relacionado con el trabajo del Comité Internacional de la Cruz Roja puede ser descubierto, ni siquiera mediante testimonio de alguien que haya sido o sea su funcionario o empleado, salvo que el mismo Comité no se oponga por escrito a la revelación o haya renunciado a ese privilegio, o que esa información se encuentre en declaraciones o documentos públicos del Comité. Aquí, conviene resaltar que, según la regla 73 (5), las partes pueden buscar esa información de fuente distinta si así lo desean. Por último, indica la regla 73 (6) que si esa información es de gran importancia la Corte puede contactar con el Comité con la finalidad de resolver el problema.

debe ser autorizada por el juez único bajo el procedimiento establecido en la regla 81 de las RPP. Ibid. Para. 101. Las Salas deben justificar plenamente las autorizaciones para restringir el descubrimiento de información dando una explicación completa sobre las razones que llevan a esa determinación. Al respeto ver también INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Bahar Idriss Abu Garda*. “Public Redacted Version of the ‘First Decision on the prosecution’s Request for Redactions’ issued on 14 August 2009”. ICC-02/05-02/09. 20 August 2009, para. 11

¹³⁹ Y no en la sección II (divulgación de documentos e información) del capítulo 4 de las RPP

¹⁴⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Asamblea de los Estados Partes. *Resolución ICC-ASP/4/Res.1*, por la que se aprueba el *Código de Conducta Profesional de los Abogados*. 2 de diciembre de 2005. Artículo. 8

3.2.11 Artículo 54 (3) (e) y regla 82

Estos artículos deben leerse conjuntamente¹⁴¹ pues versan sobre el no descubrimiento de material exculpatorio reunido por la Fiscalía a través de acuerdos confidenciales con una tercera parte. El artículo 54 le da el poder al fiscal para obtener documentos o información sujetos a acuerdos confidenciales¹⁴² y con el único propósito de conseguir nueva evidencia (estos convenios tienen lugar únicamente en situaciones excepcionales)¹⁴³.

Ahora bien, este material, como se dijo, no tiene la virtud de ser evidencia en juicio, salvo si existe el consentimiento previo del proveedor de la información y si se ha descubierto con anterioridad a la Defensa¹⁴⁴. Si el ente persecutor presenta como prueba elementos logrados con acuerdo de confidencialidad, la SPI no puede ordenar que se presenten pruebas adicionales adquiridas de quien haya suministrado los documentos iniciales, ni convocarlo con el fin de recabar elementos materiales probatorios adicionales¹⁴⁵. Además, si el fiscal llama a un testigo para que presente como evidencia información protegida bajo estos acuerdos, la Sala no puede¹⁴⁶ obligarlo a responder una pregunta relacionada con el material sujeto a reserva si la persona no está dispuesta a hacerlo argumentando esa circunstancia¹⁴⁷.

Por último, la Sala tampoco está facultada para ordenar la producción de medios de prueba distintos para los cuales el consentimiento del descubrimiento se hizo. Estas disposiciones aplican para la Defensa *mutatis mutandis*¹⁴⁸.

¹⁴¹ FIORI, B. Op. Cit., P. 279

¹⁴² La razón de ser de esta disposición es que la efectividad de las investigaciones del fiscal depende en gran medida de la cooperación de los Estados quienes tendrán más disposición de colaborar cuando la información que ellos proveen permanece confidencial. FIORI, B. Op. Cit., p. 281

¹⁴³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by article 54 (3) (e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the status conference on 10 June 2008”. ICC-01/04-01/06. 13 June 2008, para. 71

¹⁴⁴ CPI-RPP. Regla 81 (1)

¹⁴⁵ CPI-RPP. Regla 82 (2)

¹⁴⁶ CPI-RPP. Regla 82 (3)

¹⁴⁷ En resumen, cuando la Fiscalía acepta material bajo condiciones de confidencialidad, potencialmente se pone en una situación donde o no descubre material que por regla general descubriría o rompe un acuerdo de confidencialidad con el proveedor de la información INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgement on the appeal of the prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by article 54 (3) (e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with other issues raised at the status conference on 10 June 2008’”. ICC-01/04-01/06. 21 October 2008, para. 43

¹⁴⁸ CPI-RPP. Regla 82 (5)

3.2.12 Remedios y sanciones en caso de vulneración al deber de descubrimiento de información

Las normas de la CPI no establecen de manera explícita remedios o sanciones en caso de infringir el deber de descubrimiento¹⁴⁹. Empero, pueden tenerse en cuenta tres disposiciones: i) la regla 121 (8) en relación con el descubrimiento para la confirmación de cargos, prescribe que la Sala no toma cargos ni medios de prueba presentados extemporáneamente; ii) el artículo 69 (7) habilita a la Corte para excluir evidencia obtenida con violación de derechos humanos o del Estatuto y; iii) el artículo 71 señala que la Corte puede sancionar a personas que han actuado de mala conducta, categoría dentro de la cual se incluyen comportamientos como la interrupción de los procedimientos o las negativas a cumplir con sus mandatos¹⁵⁰.

4. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Igualdad de armas y proporcionalidad son dos figuras jurídicas que guardan un sinnúmero de aspectos en común que se relacionan entre sí de manera muy estrecha alcanzando una relación de complementariedad importante que, como se verá, favorece la consecución de los objetivos que cada una persigue.

4.1 Igualdad de armas y proporcionalidad como mandatos de optimización complementarios

La primera característica importante a resaltar es que ambos conceptos gozan de la misma naturaleza, es decir, son mandatos optimizantes. En el caso de la igualdad de armas lo que se busca es obtener una equivalencia de medios y oportunidades entre las partes de manera que cada una pueda presentar su caso sin verse afectada por una posición de desventaja frente a su oponente teniendo en consideración las posibilidades jurídicas y fácticas. En este contexto,

¹⁴⁹ Ver en general CIANELLO, M. Disclosure before the ICC: The emergence of a new form of policies implementation system in International Criminal Justice? En: *International Criminal Law Review*. Leiden: Brill. 2010. Vo. 10. Pp. 23 – 42; AMBOS, K. The First judgement of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues. En: *International Criminal Law Review*. Leiden: Brill. 2012. Vol 12. Pp. 115 – 153 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030751; BRADY, H. *Disclosure of Evidence*. Op. Cit., P. 403 y 412.

¹⁵⁰ Ver en mayor detalle: HEINZE, A. Op. Cit., pp. 452 - 477

entra el principio de proporcionalidad que, atendiendo al mandato de paridad procesal, ordenará un reparto equitativo específico de esos medios y oportunidades en caso de existir pugna entre los principios que gobiernan las situaciones jurídicas de los extremos procesales.

4.2 Igualdad de armas y proporcionalidad en la realización de la igualdad material

El principio de igualdad de armas, por su esencia, busca el alcance de una igualdad material y no apenas formal, finalidad cuya obtención refuerza el principio de proporcionalidad otorgando una estructura argumentativa que consiste en un camino racional y razonado¹⁵¹ conducente a la *ratio decidendi* de una decisión que no desarrolla un mandato determinado que por regla general se aplicaría, pero que dadas las circunstancias del caso concreto demanda un trato diferenciado. En otras palabras, la igualdad de armas prohíbe el establecimiento de privilegios o la negación de oportunidades o medios a uno de los extremos procesales, siempre que sean injustificadas.

Ahora bien, esta idea general de igualdad procesal por sí misma no da respuesta a cuándo una situación es justificativa de un trato igualitario en términos materiales y es aquí donde el principio de proporcionalidad complementa esta noción al proveer, mediante un proceso racional, razonado y legítimo, esa justificación, es decir, argumentos suficientes que ameritan la creación de privilegios o negaciones de medios u oportunidades. De ahí que pueda afirmarse que, en principio¹⁵², no hay vulneración a la igualdad de armas si la medida que lo restringe es proporcional.

4.3 Igualdad de armas y proporcionalidad como principios que se desarrollan desde una perspectiva casuística

En virtud de su naturaleza, la forma en la que debe operar la igualdad de armas dependerá del caso concreto y de cómo el procedimiento se desarrolle, de manera que, se determinará esa equivalencia procesal analizando el proceso específico *in toto*. Dado lo anterior, cada caso requerirá de medidas distintas que se orienten a equiparar las posiciones entre las partes.

¹⁵¹ Razonabilidad implica un análisis axiológico, un equilibrio de valores que atiende a unas finalidades específicas. CABAÑAS GARCÍA, J. Op. Cit., p. 143

¹⁵² Sobre esta afirmación se ahondará en el último acápite de este capítulo

Esa misma reflexión merece el principio de proporcionalidad pues no “garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos”¹⁵³, sino que, la subregla resultante del ejercicio ponderativo estará determinada por las posibilidades jurídicas y fácticas de los principios colisionantes¹⁵⁴, las cuales, a su vez, vienen condicionadas por el caso concreto. Ambos mandatos, entonces, se analizan desde una perspectiva de caso a caso lo que de entrada se constituye en una de sus mayores críticas teniendo en cuenta que la evidente indeterminación de uno y otro, por sí solos, pero aún más en conjunto, deviene en inseguridad jurídica.

4.4 Igualdad de armas y proporcionalidad en el establecimiento de un diálogo efectivo y el reconocimiento de la dignidad humana

La relación de complementariedad entre el principio de igualdad de armas y el principio de proporcionalidad se evidencia cuando se entiende el proceso penal como un diálogo mediante el cual se decanta una verdad jurídica. En ese sentido, la igualdad procesal contribuye a que dicha verdad no resulte de una mera imposición de una tesis sobre otra, sino que sea un efectivo contradictorio y aquí la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad coadyuva en la racionalización¹⁵⁵ de ese diálogo en igualdad de condiciones en el entendido de que encuentra una salida adecuada en el evento en que ambos extremos, teniendo la misma legitimidad, demanden el cumplimiento de prerrogativas contradictorias entre sí.

Igualmente, el principio de proporcionalidad racionaliza la conversación procesal en la medida que asegura la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental de tal modo que, por ejemplo, si la cesión del principio de igualdad de armas frente a otro mandato deviene idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, se legitima esa actuación eludiendo la imposición *per se* de los derechos del investigado sobre el mandato del ejercicio de la acción penal, los cuales, en determinadas circunstancias y si se optara por el respeto de

¹⁵³ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op. Cit., p. 406

¹⁵⁴ BERNAL PULIDO, C. Op. Cit., p. 584

¹⁵⁵ Sobre la racionalidad del principio de proporcionalidad BERNAL PULIDO, C. Op. Cit., p. 495 y ss.

las formas por las formas mismas, podrían interferir en el establecimiento de la consecución de la verdad a través de una comunicación real.

Para concluir, siguiendo esa lógica, ambos principios se orientan a reconocer la dignidad¹⁵⁶ propia del individuo pues sus intervenciones son tenidas en cuenta y se desarrollan mediante estos mandatos de tal manera que puedan¹⁵⁷ influir en la producción del resultado final del proceso que finalmente se traduce en una decisión contraria al autoritarismo y acorde a las exigencias de un Estado Social y democrático de Derecho.

4.5 Igualdad de armas y proporcionalidad demandan su máximo nivel de atención en la misma etapa procesal: la investigación penal

Las razones por las cuales se pueden limitar los derechos del sospechoso son múltiples, pero principalmente se encuentran en la fase de investigación y suelen referirse a la búsqueda y aseguramiento de material probatorio, por lo que será este el escenario donde mayor campo de acción tendrá el principio de proporcionalidad. Igualmente, es este también el escenario donde la igualdad entre las partes se ve más amenazada dada la especial posición y poderío¹⁵⁸ del ente persecutor frente a la Defensa. Además, debe también considerarse que el juicio, sin soslayar su importancia y las actuaciones que allí se llevan a cabo, está determinado por lo conseguido en etapa de investigación, de ahí que, la desigualdad procesal en este estadio del procedimiento sea indudablemente condicionante del resultado final del mismo.

5. IGUALDAD DE ARMAS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

5.1 Relación género-especie entre el principio de igualdad de armas y el descubrimiento probatorio

El principio de igualdad de armas está integrado por un subconcepto denominado el derecho al adecuado tiempo y facilidades cuya definición no ha sido claramente señalada por la jurisprudencia en materia de derechos humanos¹⁵⁹. Ahora bien, aun cuando su contenido no

¹⁵⁶ Sobre la interrelación entre el principio de igualdad de armas y el reconocimiento de la dignidad humana SIDHU, O. Op. Cit., pp. 76 - 80

¹⁵⁷ Independientemente del efecto real sobre el resultado SIDHU, O. Op. Cit., p. 79

¹⁵⁸ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op. Cit., p. 620

¹⁵⁹ Su naturaleza relativa se infiere de su mismo *nomen iuris* pues lo que ha de entenderse por “adecuado” admite una amplia gama de interpretaciones y, en últimas, dependerá del caso concreto. En el contexto del

ha sido delimitado apropiadamente se le ha relacionado con el derecho a conocer con prontitud los cargos por los cuales se le procesa¹⁶⁰, con el derecho a la asistencia legal¹⁶¹ y, concretamente, con la igualdad de acceso a la información, acceso que se concreta en el descubrimiento probatorio, el cual encuentra su fundamento directo, según el TEDH¹⁶² y la doctrina¹⁶³, en el principio de igualdad de armas dado que su transgresión conlleva a una seria indefensión en la preparación de la defensa¹⁶⁴ en la medida que, si no se conocen los fundamentos de la acusación es imposible crear una estrategia y dirigir una investigación tendiente a hacer frente a los “ataques” de la Fiscalía y así mantener la presunción de inocencia. Igualmente, es necesario señalar que la obligación del órgano acusador consistente en descubrir el material probatorio en favor o en contra del acusado¹⁶⁵, ha sido caracterizada por el TEDH como uno de los requisitos de la imparcialidad y justicia del proceso.

5.2 El deber de descubrir material exculpatario por parte de la Fiscalía y el principio de igualdad de armas

Dentro del deber de revelación de información por parte de la Fiscalía merece especial referencia la obligación de descubrir material exculpatario, el cual es definido como aquel que indica o tiende a indicar la inocencia del procesado, o a mitigar su culpabilidad, o que pueda afectar la credibilidad de las pruebas de cargo¹⁶⁶. La revelación de este tipo de medios de prueba es crucial debido a que va al corazón del derecho del acusado a un juicio justo y

TEDH, por ejemplo, si se quiere obtener una resolución judicial que señale la trasgresión a esta prerrogativa, el aplicante debe demostrar el perjuicio específico resultante de la denegación de tiempo y facilidades previamente solicitadas. Aquí, según TRECHSEL, la labor de determinar el alcance de esta garantía deviene incluso más compleja dadas las diferencias lingüísticas de su consagración en inglés y en francés en el marco del CEDH. La versión francesa es aparentemente más rigurosa en lo que se refiere a lo que se puede alegar como una violación a las adecuadas “*nécessaires*” y requeriría que la defensa pruebe que no se pudo ganar el caso debido a que no se tuvo acceso a ellas, mientras que en su versión inglesa el requisito de adecuadas “*facilities*” demandaría únicamente demostrar que se habrían incrementado las oportunidades de ganar el caso para el procesado si se hubieran otorgado las facilidades y el tiempo solicitados. TRECHSEL, S. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press. 2005. P. 91

¹⁶⁰ FEDOROVA, M. Op. Cit., p. 55

¹⁶¹ TRECHSEL, S. Op. Cit., p. 218

¹⁶² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Jespers v Belgium*, App. No. 8403/78, Reporte de la Comisión de 14 diciembre 1981, DR 27, para. 58.

¹⁶³ En mayor detalle: BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo II. Estructura y garantías procesales*. P. 771; AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law*. Op. Cit., pp. 62 y 521

¹⁶⁴ AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law*. Op. Cit., p. 521

¹⁶⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Court (chamber). *Edwards v. United Kingdom*. Judgment. 16 December 1992.

¹⁶⁶ ECPI. Artículo 67 (2)

constituye el más importante, sino el único, mecanismo de la Defensa para alcanzar una suerte de igualdad de armas¹⁶⁷ y compensar los grandes recursos del ente persecutor¹⁶⁸.

5.3 Igualdad de armas y las restricciones al descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía

A pesar de la innegable elevada importancia del descubrimiento probatorio en la preparación de una efectiva defensa regida bajo el principio de igualdad de armas, debe decirse que no es una institución absoluta, sino que admite excepciones. Estas salvedades en la obligación de la Fiscalía de revelar los medios de prueba con los que cuenta suelen estar fundamentadas en la *estricta necesidad* de salvaguardar otros intereses en el proceso.

Usualmente, los intereses que juegan en contra del principio de igualdad de armas con el objetivo de limitar el descubrimiento probatorio se refieren a la posibilidad de que la revelación de la información pueda afectar investigaciones en curso o futuras; a reportes, memorandos, documentos internos de trabajo; y también suelen versar sobre la necesidad de protección a ciertas personas, verbigracia, testigos¹⁶⁹.

5.4 Igualdad de armas y las restricciones al descubrimiento probatorio por parte de la Defensa

Las limitaciones al deber de descubrimiento también tienen lugar inclinando la balanza en favor del procesado, por ejemplo, las comunicaciones cliente-abogado gozan de la garantía de no revelación, un privilegio nuclear en el aseguramiento de la igualdad procesal. Algunos ordenamientos jurídicos ordenan la revelación de todo el material probatorio que posea el acusado y otros limitan este deber únicamente a ciertas defensas, por ejemplo, las referidas a la existencia de una coartada. En cualquier caso, no está obligada a descubrir elementos

¹⁶⁷ AMBOS, K. *Treatise on international criminal law*. Op. Cit., P. 532

¹⁶⁸ Por otra parte, la existencia de esta obligación conecta directamente el principio de igualdad de armas con el principio de gratuidad de la administración de justicia que así se restringe en gran medida el hecho de que el particular asuma los costos de mantener su presunción de inocencia. Como bien lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana, si la Defensa no tuviera acceso a esa información, el Estado tendría que garantizarle toda una estructura investigativa igual a la que posee la Fiscalía, lo que es, evidentemente, imposible. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-1194 de 2005*. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁶⁹ A manera de ejemplo: ECPI. Artículo 81 (2) y 81 (4)

materiales probatorios que puedan incriminarle ya que esto vulneraría el *nemo tenetur*¹⁷⁰ y, dada la superioridad estructural del ente persecutor¹⁷¹, el principio de igualdad de armas¹⁷².

5.5 La labor del descubrimiento probatorio en el establecimiento de un contradictorio efectivo

El conocimiento de la responsabilidad penal de un individuo es ineficaz para condenarle si no se tienen los elementos suficientes para comprobarla, es por eso que resulta esencial no sólo el conocimiento de los cargos por los cuales se procesa a una persona, sino todavía más relevante son las bases en las que se erige esa acusación. Sobre estos dos aspectos girará todo el debate tendiente a la declaración de la responsabilidad del individuo por el hecho punible.

Teniendo de manera anticipada claridad sobre los elementos materiales probatorios es posible señalar los puntos específicos que serán objeto de contradicción, aquellos de mayor y menor importancia lo cual permite la organización del discurso de ambas partes a la vez que se eluden aspectos irrelevantes que, sumados a las estipulaciones probatorias, cristalizan el principio de economía procesal. Su trascendencia es tal que aun si las partes tienen iguales oportunidades de participación, no contar con el descubrimiento probatorio implicaría que el juicio sea apenas una pantomima desorganizada, plagada de elementos sorpresivos¹⁷³ que no permitirían el establecimiento de un diálogo claro y serio sino una suerte de improvisaciones que posibilitan todo menos el decantamiento de una verdad jurídica.

5.6 El descubrimiento probatorio no es el “arma” *per se* con la que cuentan las partes

Con el objetivo de lograr mayor exactitud y precisión en el lenguaje de un ámbito atestado de conceptos indeterminados, es necesario indicar que la institución del descubrimiento probatorio no constituye por sí misma el “arma”¹⁷⁴ con que cuentan los extremos procesales para sustentar su caso sino el conocimiento que se deriva de esas revelaciones. Es por lo anterior que, resulta fundamental el hecho de que ese saber sea adquirido con adecuada

¹⁷⁰ BRADY, H. Op. Cit., p. 414

¹⁷¹ AMBOS. K. *Treatise on International Criminal Law*. Op. Cit., P. 540

¹⁷² En general sobre el vínculo entre igualdad de armas y descubrimiento probatorio, HEINZE, A. Op. Cit., pp. 311 y ss.

¹⁷³ BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo II. Estructura y garantías procesales*. Op. Cit., p. 771

¹⁷⁴ Sobre el concepto de “arma” ver en mayor detalle SIDHU, O. Op. Cit., pp. 94 y 95

anticipación y de manera completa pues nadie puede contraatacar o protegerse de “ataques” que no se ven o que se advierten de manera tardía o parcial dada la oscuridad que produce la ignorancia sobre los medios probatorios que se pretenden hacer valer.

5.7 Del descubrimiento probatorio depende la eficacia de las demás garantías que rigen el principio de igualdad de armas

La importancia de la divulgación de potencial evidencia en el desarrollo del principio de igualdad de armas es de tal magnitud que, sin ella, dicho mandato es prácticamente inane. Basta con analizar, a la luz del descubrimiento probatorio, algunos de los derechos que caen bajo el paraguas del principio de igualdad de armas para confirmar esta aseveración.

CHARLES JALLOH y AMY DIBELLA¹⁷⁵ señalan de manera enunciativa algunas prerrogativas procesales cuyo desarrollo ilumina el principio de igualdad procesal, así, por ejemplo, se encuentran: i) derecho a recibir información sobre los cargos por los cuales se acusa; ii) derecho de llamar y controvertir testigos; iii) la Defensa debe gozar de activos estructurales que le permitan conducir su investigación; iv) disponer de suficiente tiempo para preparar una estrategia defensiva y; v) la facultad de controvertir la evidencia en contra.

Un uso de lógica elemental indica que, sin el descubrimiento probatorio, a pesar de permanecer el derecho a llamar testigos, los mismos no pueden contradecirse de manera efectiva si no se sabe su identidad o se conoce tardíamente. Tampoco tiene bastante utilidad poseer una estructura investigativa si no se tiene claridad acerca de los puntos sobre los cuales versará el debate pues no se podría determinar a ciencia cierta hacia dónde debe dirigirse la investigación. Igualmente, debe indicarse que el tiempo para preparar una defensa únicamente sirve en la medida que se tengan los elementos para construirla. De la misma manera, no se puede controvertir lo que se desconoce por lo que el derecho a comentar la evidencia en contra deviene inútil sin un conocimiento adecuadamente previo¹⁷⁶. Finalmente, la información sobre los cargos que se imputan, como se había señalado en anteriores páginas, es apenas uno de los aspectos sobre los cuales girará el debate en juicio por lo que,

¹⁷⁵ DIBELLA, A y JALLOH, C. Op. Cit., p. 259

¹⁷⁶ En detalle sobre la relación entre el principio de igualdad de armas y el adecuado tiempo y facilidades SIDHU, O. Op. Cit., pp. 168 - 172

el desconocimiento de los medios de prueba sitúa ya a la Defensa en una desventaja sustancial dado que el conocimiento en juicio de los mecanismos probatorios en contra no permite la elaboración de una estrategia efectiva de contradicción.

6. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

6.1 Siempre que se soliciten restricciones al descubrimiento probatorio debe haber aplicación del principio de proporcionalidad

El punto de contacto entre el principio de proporcionalidad y la figura del descubrimiento probatorio se circunscribe a las restricciones¹⁷⁷ que a esta figura se hagan, dado que es allí donde confluyen el deber de persecución penal y el mandato de respeto por los derechos del acusado, siendo necesario compatibilizarlos y no optar por excluir uno u otro ya que esta salida no sería compatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos ni con la filosofía misma que inspira el funcionamiento de la CPI.

6.2 Tres “modalidades” de afectación al descubrimiento probatorio en las que debe intervenir el principio de proporcionalidad

El derecho del sospechoso al acceso a la información con que cuenta la Fiscalía para sostener su teoría del caso puede ser mermado de diferentes maneras, bien sea por la no revelación del material, por una revelación tardía o por una revelación parcial. En cualquiera de estos escenarios debe existir un pronunciamiento directo del juez señalando por qué debe restringirse el descubrimiento de medios de prueba en esas circunstancias.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad puede verse desde otros puntos de vista en el ámbito del descubrimiento probatorio, verbigracia, la proporcionalidad entre la sanción y la conducta que infringe el deber de descubrir información o sobre lo que debe entenderse por una “facilidad adecuada” teniendo en cuenta que no existe una igualdad matemática sino proporcional frente a las facultades de la Fiscalía. Sin embargo, ese no es el objetivo del

¹⁷⁷ Sobre el principio de proporcionalidad como noción básica en el derecho procesal penal para determinar la constitucionalidad de las restricciones a derechos fundamentales BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. Op. Cit., pp. 387 - 456. También ver BERNAL PULIDO, C. Op. Cit., pp. 81 y ss.

presente trabajo cuyo análisis se hace desde una perspectiva del principio de proporcionalidad como criterio para dirimir pugnas entre principios.

6.3 Principio de proporcionalidad y restricciones al descubrimiento probatorio por motivos de seguridad nacional

El ejercicio de ponderación en estos eventos debe ser cauteloso pues las circunstancias que rodean esta excepción la hacen sumamente delicada, por ejemplo, autorizar la divulgación de información en contra de la voluntad de un Estado puede poner en peligro las relaciones de cooperación entre la CPI y esa nación y bien se sabe que la efectividad del funcionamiento de la Corte depende en gran medida de la voluntad cooperativa de los Estados. Además, no puede soslayarse el hecho de que el motivo de seguridad nacional *per se* posee un peso abstracto bastante elevado que puede predisponer al juez en el ejercicio ponderativo.

Para finalizar, debe decirse que, en este evento, a pesar de optarse por la no divulgación, el juez está habilitado por el Estatuto para inferir, de ese material, la existencia de hechos¹⁷⁸ lo que pone al acusado en una desventaja manifiesta de cara al ente persecutor.

6.4 Principio de proporcionalidad, restricciones al descubrimiento probatorio por posibles afectaciones a investigaciones en curso o futuras y las restricciones a la revelación de documentos personales de investigación

El elemento de la temporalidad es nuclear en este escenario. El principio de proporcionalidad estará orientado a determinar si la restricción a la divulgación de información resulta idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto en ese preciso momento en que se solicita la medida ya que, una vez concluidas las investigaciones, la subregla resultante del ejercicio ponderativo perderá su fundamento principal, la causa que justificó la limitación, ergo, el descubrimiento deviene imperativo pues no existirán ya tales pesquisas.

Para terminar, la no divulgación de documentos personales de investigación ha sido una regla importada del procedimiento penal norteamericano cuyo fundamento se encuentra en la

¹⁷⁸ ECPI. Artículo 72

preservación de la integridad de las investigaciones¹⁷⁹ y la estrategia procesal de las partes. Usualmente no se relativiza esta garantía, sin embargo, podría presentarse esta situación en virtud de la función del principio de proporcionalidad.

6.5 Principio de proporcionalidad y restricciones al descubrimiento probatorio con el objetivo de proteger la integridad de víctimas o testigos y sus familias

El objetivo de proteger la seguridad de víctimas y testigos y sus familias es uno de los motivos más invocados para conseguir una restricción al descubrimiento. Merece especial atención el problema que surge cuando se asume que el acusado puede intimidar o intentar intimidar testigos una vez se descubra su identidad pues, como acertadamente señala el profesor AMBOS, se convierte la presunción de inocencia en una presunción de culpabilidad¹⁸⁰.

6.6 Principio de proporcionalidad y las comunicaciones e información privilegiadas

El CCPA, como se observó previamente, prevé la posibilidad de divulgar esta información cuando la Corte así lo ordene. Este artículo es una puerta abierta para la negación de esta garantía, lo que es sumamente peligroso dado que no proteger esta clase de comunicaciones puede llevar a una seria violación del principio de igualdad de armas¹⁸¹, máxime si se tiene en cuenta que las RPP¹⁸² habilitan a la Corte para desconocer ese privilegio si considera que con él no se promueven los objetivos de estas reglas o del Estatuto, una disposición bastante amplia que puede dar lugar a un buen número de interpretaciones en el marco de un ejercicio ponderativo. El desconocimiento de esta garantía con el objetivo de salvaguardar otros intereses ya ha tenido lugar en otros contextos, por ejemplo, el TPIR determinó que “si la salud del acusado es la razón de una violación del derecho de otros acusados a un juicio expedito, el informe médico de este acusado pierde su privilegio”¹⁸³.

¹⁷⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision Concerning the Redaction and Transmission of Documents to the Defence”. ICC-02/04-01/15. 15 April 2015, para. 18

¹⁸⁰ AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law*. Op., Cit. P. 544

¹⁸¹ SAFFERLING, C. *International Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press. 2012. P. 507

¹⁸² RPP-CPI. Regla 73 (2) (c)

¹⁸³ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL for RWANDA. *Prosecutor v Karemura et al.*, Trial Chamber III. “Decision on motion for Disclosure of Medical Information and Extension of Time”. ICTR-98-44-T. 28 August 2009, para. 10. (traducción propia)

6.7 Principio de proporcionalidad y descubrimiento de material exculpatario adquirido con acuerdo de confidencialidad

Esta es sin duda una de las problemáticas más interesantes que surgen de las relaciones entre el principio de proporcionalidad y la obligación de descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía. Por un lado, el ente acusador tiene el deber continuo de divulgar este material tan pronto como sea posible y, por el otro, tiene que respetar los acuerdos de confidencialidad mediante los cuales llegó a esos elementos probatorios y que, según el propio Estatuto, no puede revelar sin el consentimiento del informante.

A primera vista, es factible que se genere un prejuicio en el juez que afecte el ejercicio ponderativo de modo tal que se incline por la declaración de inocencia, sobreponiéndola a los acuerdos de confidencialidad, sin embargo, puede pensarse también en un caso difícil, donde la divulgación del material tenga la virtud de generar efectos devastadores en un determinado contexto ¿debe condenarse al acusado con el objeto de evitar esa circunstancia o será necesario optar por su inocencia? Este tópico merece una investigación propia e independiente, empero, en el próximo capítulo se verá si esta circunstancia ha tenido lugar en la jurisprudencia de la CPI y, de ser así, de qué manera ha sido resuelta.

7. RELACIONES ENTRE IGUALDAD DE ARMAS, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

En las páginas anteriores se analizaron por separado tres tipos de relaciones, a saber: i) igualdad de armas y principio de proporcionalidad; ii) igualdad de armas y descubrimiento probatorio; y iii) descubrimiento probatorio y principio de proporcionalidad. Las reflexiones hechas sobre estas relaciones aplican para la relación triádica de manera análoga, sin embargo, no puede soslayarse que la unión de las tres figuras imprime un carácter diferenciado que obliga a establecer nuevos análisis que sólo son posibles si se ven las tres instituciones en conjunto y esto se logra estableciendo un común denominador entre las tres relaciones anteriormente mencionadas y estudiadas. A continuación, se ponen de presente esos comunes denominadores que señalan algunas características particulares de esta triada.

7.1 Las restricciones a la revelación de información como escenario de encuentro y desarrollo máximo del vínculo triádico

Teniendo en cuenta que: i) el principio de igualdad de armas se concreta y encuentra su elemento nuclear en el descubrimiento probatorio; ii) el descubrimiento probatorio se restringe de manera legítima únicamente allí donde sea necesario dar cabida a otros mandatos y; iii) esa legitimación es alcanzada mediante el principio de proporcionalidad; puede concluirse que el punto de encuentro común entre las tres instituciones se constituye allí donde se quieran ordenar restricciones a la revelación de información.

7.2 Legitimación *prima facie* de la cesión del principio de igualdad de armas frente a otros mandatos

El principio de igualdad procesal, como se ha señalado, busca evitar ventajas injustificadas, por lo tanto, la acreditación de su limitación no puede ser otra que el resultado de una argumentación apropiada. Esto indica que, en principio, no existiría una vulneración a la igualdad de armas si se evidencia la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la restricción. A pesar de lo anterior, en el primer capítulo de este texto se señaló que el TEDH, doctrina¹⁸⁴ que ha seguido la CPI, determina si existe o no desigualdad procesal desde un análisis del proceso *in toto*¹⁸⁵. Así, por ejemplo, indicó el Tribunal que pueden existir medidas que, aisladamente consideradas, no generan desigualdad de armas pero que, sumadas unas con otras y visto el proceso como un todo, sí lesionan la justicia de este.

Dada la consideración precedente puede afirmarse que, el principio de proporcionalidad sólo genera una legitimidad *prima facie* de la restricción al descubrimiento probatorio pues es factible que se tomen varias medidas que individualmente examinadas sean idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto y, por lo tanto, aparentemente no desconocen el núcleo del principio de igualdad de armas pero que, analizado el proceso como un todo, sí generan una afectación importante a este mandato¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Sobre la influencia de esta doctrina en la CPI ver: Capítulo 3 de este texto; y AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law*. Op. Cit., p. 545

¹⁸⁵ En detalle sobre el concepto de “disadvantage” en el TEDH ver SIDHU, O. Op. Cit., pp. 103 - 113

¹⁸⁶ Conviene tener en cuenta que, como lo ha señalado doctrina extranjera, para que pueda haber lugar válidamente a intromisiones en derechos fundamentales en un Estado de Derecho, es indispensable que las

7.3 Cristalización de la idea de proceso como diálogo

Las tres figuras estudiadas tienen un aporte propio dirigido a establecer una comunicación efectiva entre los extremos procesales. El principio de igualdad de armas se dirige a proporcionar similares medios e iguales oportunidades de participación con el objetivo de evitar la simple y llana imposición de una tesis sobre otra; el descubrimiento probatorio proporciona uno de esos medios y permite fijar un aspecto (el otro es el conocimiento sobre los cargos) sobre el cual girará el debate en igualdad de posiciones y; por último, como se analizó, el principio de proporcionalidad racionaliza esa discusión. Como corolario, surge el establecimiento de un diálogo efectivo que asegura, con un mayor grado de probabilidad, el decantamiento de una verdad jurídica legítima.

7.4 La naturaleza de cada institución de esta relación triádica demanda un alto grado de exigencia argumentativa

Cada una de estas instituciones hace referencia a términos de mínimos y límites. El principio de igualdad de armas señala la forma en la que deben desarrollarse una serie de garantías mínimas con las que cuentan las partes con el objetivo de evitar imposiciones; las restricciones al descubrimiento probatorio, dado que la revelación de información es posiblemente el único medio con el que se podría alcanzar una igualdad procesal, constituyen una medida de *last resort*¹⁸⁷; y el principio de proporcionalidad se orienta a encontrar las medidas menos restrictivas posibles de los derechos aplicando los filtros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ergo, su filosofía es la estricta necesidad.

Es así como, el hecho de que cada una de estas figuras comprenda ideas límite, tiene como consecuencia la exigencia de un alto nivel en la argumentación jurídica de tal forma que sea posible superar cada uno de los filtros u obstáculos previos a la adopción de la decisión con la que se busca limitar, en este caso, el descubrimiento probatorio.

mismas no vayan en contra de la garantía del juicio justo GUERRERO PERALTA, O. *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez. 2004. Pp. 164 - 167

¹⁸⁷ AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law*. Op. Cit. P. 542

7.5 El relativismo como talón de Aquiles de la relación triádica

Luego del estudio de las instituciones que en esta investigación convergen es fácilmente constatable que cada una tiene características bastantes abiertas, las cuales pueden dar lugar a un relativismo en las decisiones judiciales que finalmente puede desembocar en un escenario de inseguridad jurídica, perjudicial no sólo para los extremos procesales sino para la justicia del proceso como un todo.

La indeterminación de los principios que se han estudiado y la naturaleza de las causas por las cuales proceden las restricciones al descubrimiento probatorio crean un contexto adecuado para ejercicios de solipsismo y entramados de decisiones disfrazadas de conceptos persuasivos tales como proporcionado, ajustado, adecuado, equitativo, etc. Es por lo anterior que, en el análisis de la relación triádica, no debe perderse de vista que la racionalidad de las decisiones que de ella surjan no puede depender de la fuerza persuasiva de esos conceptos sino de su fundamentación en razones valederas y criterios analíticos plausibles que tengan la capacidad de lograr un consenso generalizado¹⁸⁸.

Para terminar, el hecho de que estas figuras supongan un estudio desde una perspectiva casuística¹⁸⁹ puede generar soluciones imprevisibles y particulares de tal forma que la seguridad jurídica se vea amenazada. En virtud de lo anterior, es necesario constatar si en los casos resueltos existe o no un común denominador que sirva de referencia para futuras decisiones.

¹⁸⁸ BERNAL PULIDO, C. Op. Cit., p. 171

¹⁸⁹ Sobre la inevitable jurisprudencia del caso concreto BERNAL PULIDO, C. Op. Cit., 194 - 196

CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ‘DISCLOSURE’ DEL PROCESO PENAL INTERNACIONAL.

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS EN LAS DECISIONES SOBRE DISCLOSURE DE LA CPI.

El principio de igualdad de armas en la CPI se ha definido como la capacidad de una parte en un procedimiento para presentar adecuadamente su caso, en condiciones que no la pongan en desventaja frente a su oponente, con miras a influir, a su favor, en el resultado final del procedimiento¹⁹⁰. La Corte ha señalado que se encuentra consagrado en el artículo 67 (1) del Estatuto¹⁹¹ y encuentra su fundamento primigenio en el derecho a un juicio justo¹⁹². En las próximas páginas se verá cómo este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia sobre descubrimiento de información del proceso penal internacional¹⁹³.

1.1 Referencias directas al principio de igualdad de armas en la jurisprudencia sobre descubrimiento de información de la CPI

La SA en el caso *Bemba* sostuvo que, mediante la divulgación de material probatorio, con el objetivo de facilitar al procesado la controversia de la legalidad de su detención, se garantiza la eficacia del principio de igualdad de armas y el carácter adversarial del proceso¹⁹⁴. En esa línea, la SA en el caso *Banda*, manifestó que el proceso de revelación de medios de prueba es esencial tanto para asegurar la imparcialidad de los procedimientos como para dar garantía de que los derechos de la Defensa sean respetados, específicamente la igualdad de armas¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Al respecto ver Capítulo I (3) (a) de este texto

¹⁹¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Decision on the Defence Request for a Temporary Stay of Proceedings”. ICC-02/05-03/09. 26 October 2012, para. 152

¹⁹² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber III’s Decision on Disclosure”. ICC-01/05-01/08. 25 August 2008, para. 14

¹⁹³ Mediante la remisión al concepto de *fair trial*

¹⁹⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Judgement on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III entitled ‘Decision on application for interim release’”. ICC-01/05-01/08-323. 16 December 2008, para. 26

¹⁹⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Judgment on the appeal of Mr. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus against the decision of Trial Chamber IV of 23 January 2013 entitled ‘Decision on the

Dentro de este contexto, merece especial referencia la atención que hace la Corte sobre el descubrimiento de material exculpatario pues afirma que es uno de los componentes esenciales de la justicia de los procedimientos y uno de los mecanismos mediante los cuales se promueve la igualdad de medios entre los extremos procesales¹⁹⁶.

Es tal la relevancia de la igualdad de armas en el marco del *disclosure* que otra Sala aseguró que es un mandato que debe desempeñar un papel nuclear en cualquier decisión que involucre revelación de información¹⁹⁷. Dada su importancia, la Corte ha sido enfática en resaltar el rol del juez en la garantía de la equidad entre las partes pues su intervención deviene fundamental para un óptimo desarrollo de este principio. Es así como, la SCP III en el caso *Ongwen* señaló que ella, como garante judicial de los procedimientos, tiene el deber de asegurar la eficiencia y justicia global del proceso, concretamente, velando por que el descubrimiento tenga lugar en condiciones satisfactorias¹⁹⁸ y garantizando que las partes puedan prepararse adecuadamente para la confirmación de cargos¹⁹⁹.

Siguiendo esa misma lógica, la SCP III indicó que, conforme a la regla 121 (1) de las RPP, en la etapa previa al juicio, la Sala tiene el deber de asegurar que el sistema de descubrimiento ofrezca no menos de las garantías mínimas establecidas en los artículos 67 (1) (a) y 67 (1) (b) del Estatuto. Además, debe cerciorarse de la vigencia de la imparcialidad del sistema de divulgación y el respeto por la igualdad procesal²⁰⁰ entre los contendientes.

Por otro lado, con base en las decisiones de las Salas sobre descubrimiento de información, puede deducirse que el principio de igualdad de armas beneficia tanto a la Fiscalía como a la Defensa. En este sentido, ha dicho la Corte que el principio de igualdad procesal debe

Defense's request for Disclosure of Documents in the Possession of the Office of the Prosecutor". ICC-02/05-03/09 OA 4. 28 August 2013, para. 34

¹⁹⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Ruto and Sang*. "Decision on the 'Defence Request for Disclosure of Article 67 (2) and Rule 77 Materials'". ICC-01/09-01/11. 14 July 2011, para. 5

¹⁹⁷ *Ibidem*

¹⁹⁸ En el sentido de la regla 121 (2) (b) de las RPP

¹⁹⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters. ICC-02/04-01/15. 27 February 2015 para. 40

²⁰⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. "Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the parties". ICC-01/05-01/08. 31 July 2008, para 21

interpretarse de manera más flexible²⁰¹ en el contexto internacional dado que ella no tiene la misma fuerza coercitiva que tienen los jueces en el ámbito doméstico. En el caso *Lubanga*, por ejemplo, ambas partes presentaron inconvenientes para llevar a cabo sus pesquisas en el país donde tuvieron lugar los hechos que se investigaban dada la falta de cooperación de ese Estado, y ya que los dos extremos procesales tenían las mismas dificultades, no se podía predicar una vulneración a la igualdad de armas²⁰² en favor de uno y a expensas del otro.

Esta aseveración se constata también cuando la práctica de la Corte señala que la justicia procesal *vis à vis* la Fiscalía no permite que se le garantice a la Defensa una adición tardía de material probatorio pues los límites temporales para hacer el descubrimiento, además de garantizar la celeridad en los procedimientos²⁰³ y el derecho del acusado al adecuado tiempo y facilidades, tienen también como finalidad que el ente persecutor cuente con el tiempo óptimo para prepararse y responder adecuadamente en la confirmación de cargos²⁰⁴.

Para terminar, también ha expresado la jurisprudencia que cuando una misma obligación es impuesta a las dos partes, se sitúa a los extremos procesales en posición de paridad y se asegura la vigencia de la igualdad de armas²⁰⁵. Esta situación se evidenció en el caso *Bemba* donde se apeló una decisión conforme a la cual se ordenaba a la Fiscalía hacer un análisis a profundidad del material que debía descubrir a la Defensa. El ente acusador alegaba que esa providencia imponía una carga excesiva que no está contemplada en la normativa de la Corte y que afectaba la imparcialidad del proceso²⁰⁶. La Sala rechazó el argumento del Fiscal

²⁰¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. Decision on the Defence Request for a Temporary Stay of Proceedings. ICC-02/05-03/09. 26 October 2012, para 36

²⁰² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled ‘Decision on the Prosecution’s Urgent Request for a Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with VWU’”. ICC-01/04-01/06-2582. 8 October 2010, para. 77 - 79

²⁰³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Mbarushimana*. “Decision on Issues Relating to Disclosure”. ICC-01/04-01/10. 30 March 2011, para. 20

²⁰⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Defence Requests for Leave to Resubmit or Add Evidence and Related Matters. ICC-01/09-02/11. 15 september 2011, para. 18

²⁰⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber III’s Decision on Disclosure”. ICC-01/05-01/08. 25 August 2008, para 67

²⁰⁶ *Ibidem*, para 61

señalando que, dado que ese deber también había sido impuesto a la Defensa, existía plena equidad de condiciones e igualdad de armas entre las partes.

1.2 Referencias indirectas al principio de igualdad de armas en la jurisprudencia sobre descubrimiento de información de la CPI

Indirectamente las decisiones de la Corte se han referido al principio de igualdad procesal de diferentes maneras. Así, ha manifestado que las normas sobre divulgación son una herramienta clave para un juicio justo y expedito, las cuales deben interpretarse en una lógica consistente con los derechos del acusado a ser informado de los cargos por los que se le procesa y al adecuado tiempo y facilidades²⁰⁷. Conviene aquí recordar que esta última prerrogativa ha sido caracterizada como una de las garantías fundamentales del *fair trial*²⁰⁸ y, en otras ocasiones, como se observó en el primer²⁰⁹ y segundo²¹⁰ capítulo de este texto, se le ha vinculado directamente con el principio de igualdad de armas.

Para concluir, mezclando los conceptos de juicio justo e igualdad de armas y confirmando la afirmación que aquí se hizo conforme a la cual este mandato de optimización beneficia a ambos extremos procesales, otra Sala estableció que el mandato primordial del *fair trial*, cuyos principios se aplican tanto en el juicio como en su etapa previa²¹¹, requiere que ambas partes estén en una posición adecuada y apropiada a fin de prepararse para la confirmación de cargos²¹². Esta lógica se evidenció en el caso *Abu Garda* en el cual la Sala señaló que la justicia que ordena el artículo 82 (1) (d) del Estatuto implica equidad para el acusado, las víctimas y la Fiscalía, demanda que los derechos sustanciales y procesales y las obligaciones

²⁰⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable. ICC-01/04-01/06. 15 May 2006, p. 4

²⁰⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Ongwen*. “Decision Concerning the Redaction and Transmission of Documents to the Defence”. ICC-02/04-01/15. 15 April 2015, para. 11

²⁰⁹ Al respecto ver Capítulo I (2) (d) de este texto

²¹⁰ Al respecto ver Capítulo II (5.1) de este texto

²¹¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*. “Prosecution’s Application for Leave to Appeal the ‘Decision on the Confirmation on Charges’”. ICC-02/05-02/09. 15 March 2010, paras. 42 and 43

²¹² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*. “Decision Requesting the Defence to Provide Information on Prospective Witness”. ICC-02/05-02/09, 8 October 2009, p. 4

de los participantes sean respetados y, además, está vinculada directamente a la habilidad de una parte para presentar su caso²¹³.

1.3 El principio de igualdad de armas, y por consiguiente el derecho al descubrimiento probatorio mediante el cual se materializa, no es una garantía absoluta

A pesar de la connotada importancia del principio de igualdad de armas, como quedó anotado en los párrafos precedentes, la CPI, con apoyo en la doctrina del TEDH²¹⁴, ha señalado que no es un mandato absoluto, sino que admite excepciones²¹⁵. Las decisiones de la Salas han sido reiterativas indicando que la regla general es el descubrimiento completo, toda relativización de las obligaciones en materia de divulgación se constituye en una salvedad que podrá tener lugar únicamente si existe adecuada justificación²¹⁶ y, en todo caso, deberá restringirse al mínimo necesario²¹⁷ y ser contrabalanceada por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales²¹⁸. Es así como en el caso *Al Mahdi* se estableció que, teniendo en cuenta los artículos 54, 57 (3) (c), 61, 67 y 68 del Estatuto, las reglas 15, 76, 77, 81 (2), 81 (4), 121 de las RPP y de acuerdo con la jurisprudencia consolidada de la Corte, es un principio primordial la divulgación completa y la autorización para no revelar información es la excepción, la cual se determina siempre estudiando el caso concreto²¹⁹.

²¹³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*. “Prosecution’s Application for Leave to Appeal the ‘Decision on the Confirmation on Charges’”. ICC-02/05-02/09. 15 March 2010, para. 42

²¹⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 62

²¹⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 58

²¹⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request and Amended Requests for Redactions under Rule 81’”. ICC-01/04-01/06 (OA 5), 14 December 2006, para 20

²¹⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rule 81 (2) of the Rules of Procedure and Evidence”. ICC-01/05-01/13. 15 January 2014, para. 5

²¹⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 59

²¹⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Al Mahdi*. “Decision on the Prosecutor’s Requests for Redactions”. ICC-01/12-01/15. 8 December 2015, para. 1

En esa línea argumentativa, manifestó que no toda decisión que autorice el no descubrimiento resulta automáticamente en un juicio injusto. Existirán circunstancias en las cuales las excepciones al descubrimiento impliquen la retención de material exculpatório o una manifiesta desigualdad de armas, caso en el cual esas salvedades deben rechazarse²²⁰. Empero, no siempre concurren este tipo de coyunturas, por eso se insiste en que es una decisión que tomará el juez analizando cada caso²²¹ y será resultado de consideraciones generales de justicia, la cual exige, *inter alia*, que ambas partes estén ubicadas en pie de igualdad con respecto al ejercicio de un derecho que les otorga la normativa de la Corte²²².

Ahora bien, habrá lugar al establecimiento de excepciones al descubrimiento allí donde sea necesario garantizar la eficacia de otros intereses²²³ que son igualmente exigibles al derecho del acusado al conocimiento de los elementos materiales probatorios en posesión de la Fiscalía. En la determinación de esas salvedades, como se verá, desempeña un papel importante el principio de proporcionalidad, el cual, como ha manifestado la Corte, no está referido de manera explícita en el cuerpo normativo de la CPI, pero puede decirse que se encuentra comprendido en el artículo 81 (4) del Estatuto y en la regla 68 (1)²²⁴ de las RPP.

Para concluir, si bien este aspecto se verá en mayor detalle más adelante, conviene adelantar que una de las formas mediante las cuales se excepciona el deber de divulgación de información son las denominadas “redacciones”. Estas medidas, que entre otras cosas son las

²²⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 62

²²¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07, (OA). 13 May 2008, para. 62

²²² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on Legal Representation, Appointment of Counsel for the Defence, Protective Measures and Time-limit for Submission of Observations on Applications a/0010/06, a/0064/06, to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06”. ICC-02/04-01/05. 1 February 2007, para. 25

²²³ Como la obligación de proteger la vida y la integridad de los testigos INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 58

²²⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81’”. ICC-01/04-01/06 (OA 5). 14 December 2006, para. 34

más usadas en el proceso penal internacional, se adoptan luego de llevar a cabo un *test*²²⁵ en el cual se ponderan varios factores que se han ido estableciendo a través de las decisiones de la Corte y dentro de los cuales se tienen en cuenta elementos muy propios del principio de igualdad de armas, como los distintos roles de las partes²²⁶, la desventaja que supone el no descubrimiento²²⁷ y el efecto global de estas medidas en la justicia del proceso²²⁸.

1.4 Existencia y naturaleza de la relación entre el principio de igualdad de armas y el principio de proporcionalidad en el descubrimiento probatorio del proceso penal internacional

Con base en las anteriores consideraciones realizadas a partir del examen de la jurisprudencia de la Corte, además del análisis que sobre estas instituciones se llevó a cabo en el capítulo II de este texto, es posible determinar que existe una relación entre el principio de igualdad de armas y el principio de proporcionalidad en el contexto del *disclosure* del proceso penal internacional. Igualmente, puede afirmarse que la relación del principio de igualdad de armas con el principio de proporcionalidad es constatable desde dos ángulos:

- i) Desde el punto de vista del principio de igualdad de armas como especie, es decir, a través de su materialización en la garantía del descubrimiento probatorio: aquí la relación que se desarrolla consiste en que es el principio de proporcionalidad el que finalmente determina si se restringe o no el principio de igualdad de armas cristalizado en el descubrimiento de información.
- ii) Desde el punto de vista del principio de igualdad de armas como género, es decir, como mandato de optimización: aquí el principio de igualdad de armas como categoría más amplia que se compone de otros derechos y garantías y que se ubica

²²⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Public Redacted Version of ICC-01/05-01/08-48-US-Exp Decision Concerning the Prosecutor’s Proposals for Redactions”. ICC-01/05-01/08. 23 July 2008, para. 25

²²⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on the ‘Prosecution’s Request to be Provided with Unredacted Copies of Victims’ Applications Submitted in the Situation in Uganda and the Case of the *Prosecutor v. Joseph Kony et al*’”. ICC-02/04-01/15. 29 July 2015, para. 4

²²⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. “Judgment on the Appeal of Mr. Laurent Gbagbo against the Oral Decision on Redactions of 29 November 2006”. ICC-02/11-01/15. 31 July 2017, para. 1

²²⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Confidential Redacted Version of ‘Decision on First Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities’”. ICC-01/09-01/11. 4 January 2013, para. 31

en el marco del juicio justo, es un límite que impone el principio de proporcionalidad en el ejercicio ponderativo, el cual no puede ser traspasado por las medidas que limitan la revelación de información.

Para terminar, con base en lo anterior se infiere con claridad que la relación del principio de igualdad de armas con el principio de proporcionalidad tiene lugar en el proceso ponderativo a cuyo estudio se procede de manera inmediata.

2. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS DESDE SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DISCLOSURE DEL PROCESO PENAL INTERNACIONAL: EL PROCESO PONDERATIVO.

El principio de proporcionalidad, entonces, determina si hay lugar o no a las excepciones al deber de descubrir material probatorio. A continuación, se verá el procedimiento para llegar a esas restricciones, la carga argumentativa que deben cumplir las partes y los factores que ha establecido la Corte para llevar a cabo la ponderación de los intereses encontrados. Las afirmaciones consagradas en las próximas páginas aplican tanto para los eventos de la regla 81 (2)²²⁹ como para los de la regla 81 (4) de las RPP²³⁰.

2.1 Escenario judicial en el cual se toma la decisión que autoriza el no descubrimiento de información: la audiencia *ex parte*

Toda restricción, como se veía anteriormente, es una excepción al deber de divulgación por lo que se exige autorización expresa del juez, quien puede dar lugar a ella bien sea por iniciativa propia o a solicitud de parte²³¹. Conforme a la regla 81 (2) la Sala celebrará una vista *ex parte* para tratar esta cuestión, escenario en el cual, como se verá, el principio de proporcionalidad tiene un papel esencial.

²²⁹ *Ibidem*, para 97

²³⁰ De la misma manera, se predicen de aquellos casos en lo que se busca la restricción de acceso a documentos a través de niveles más estrictos de clasificación INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*. “Decision on the Confidential Redacted Version of the Article 58 Application”. ICC-01/09-02/11. 22 July 2011, para. 10

²³¹ RPP-CPI Regla 81 (4)

Según los artículos 61 (1) y 61 (2) del Estatuto, el procesado tiene derecho a estar presente en la confirmación de cargos, prerrogativa que se extiende, en principio, a todas las fases del proceso, desde su aparición inicial a la mencionada audiencia²³². Sin embargo, algunas disposiciones del Estatuto y de las RPP prevén la posibilidad de llevar a cabo procedimientos *ex parte* en ausencia de la Defensa, concretamente la regla 81 (2) en relación con la determinación de excepciones al descubrimiento con la finalidad de no entorpecer investigaciones actuales o futuras.

De otro lado, la regla 81 (4) señala que la Sala puede tomar las medidas necesarias para asegurar la confidencialidad de la información y la seguridad de víctimas y testigos. En ausencia de expresa prohibición, una de ellas son los procesos *ex parte*, específicamente previstos por el Estatuto para cuestiones de seguridad nacional bajo el artículo 72 y la protección de víctimas y testigos según el artículo 68 y la regla 88 de las RPP²³³.

Este modo de proceder para adoptar una decisión, como lo ha afirmado la Corte desde el caso *Lubanga*, es la excepción, no la regla general²³⁴ y únicamente debe permitirse si²³⁵:

- i) Sirve para el alcance de un objetivo suficientemente importante;
- ii) Es necesario en el sentido de que ninguna menor medida podría ser suficiente para alcanzar un resultado similar y;
- iii) El perjuicio al interés de la Defensa de desempeñar un rol más activo en los procedimientos debe ser proporcional al beneficio que se deriva de tal medida.

La noción de *ex parte*, como es expresado en la norma 24 (4) del Reglamento de la Secretaría²³⁶, puede tener dos significados. El primero se refiere a procedimientos donde la Fiscalía, la Defensa o cualquier otro participante (o combinaciones entre estos) si bien saben que esos procedimientos existen, no tienen la oportunidad de ser escuchados o de presentar

²³² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence”. ICC-01/04-01/06. 19 May 2006, para. 9

²³³ *Ibidem*, para. 10

²³⁴ *Ibidem*, para. 12

²³⁵ *Ibidem*, para. 13

²³⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Presidencia de la Corte Penal Internacional. *Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional*. ICC-BD/03-01-06. *Reglamento de la Secretaría*. 6 de marzo de 2006

documentos, materiales u órdenes; y el segundo, conforme al cual, son procedimientos sobre los cuales la Fiscalía, la Defensa o cualquier otro participante desconoce su existencia²³⁷.

En virtud de su naturaleza, se considera que la Defensa no tiene derecho a recibir ninguna versión redactada de ningún documento archivado como *ex parte* o de las transcripciones de cualquier audiencia celebrada bajo esta modalidad de conformidad con las reglas 81 (2) y 81 (4) porque el significado mismo de *ex parte* excluye cualquier oportunidad para el procesado de presentar argumentos, documentos, materiales u órdenes en relación con el contenido específico de la solicitud de la Fiscalía²³⁸.

Para terminar, es oportuno señalar que, bajo los mismos principios, la Defensa también puede aplicar, siguiendo la regla 81 (4) de las RPP, a esta clase de procedimientos requiriendo la ausencia del ente acusador²³⁹.

2.2 Metodología de la Sala en la audiencia ex parte: *Two Step Approach*

En la vista *ex parte* lo primero que debe hacer el juez es determinar si se trata de información descubrible y, en caso afirmativo, entra posteriormente al estudio de la solicitud para determinar si hay lugar o no a las restricciones. Esta forma de proceder es lo que se ha denominado por la jurisprudencia de la CPI como “*Two Step Approach*”²⁴⁰.

Es en este segundo paso donde el principio de proporcionalidad tiene su función más importante pues se requiere encontrar un balance entre el interés de la protección de la vida y la integridad de las víctimas y testigos o sus familiares, la garantía de confidencialidad de información o la efectividad de las investigaciones y los derechos del acusado.

La doctrina de la CPI, cuyo desarrollo se verá en el siguiente apartado de este capítulo, proporciona tres principios generales en caso de no descubrimiento, a saber: i) principio de necesidad: las medidas de protección sólo deben ser garantizadas después de haber agotado

²³⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence”. ICC-01/04-01/06. 19 May 2006, para. 14

²³⁸ *Ibidem*, para. 18

²³⁹ *Ibidem*, para. 20

²⁴⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on Disclosure of Information related to Prosecution Intermediaries”. ICC-01/09-01/11. 4 September 2013, para. 26

la posibilidad de emplear medidas menos extremas; ii) principio de proporcionalidad: los medios que se adopten deben ser estrictamente limitados a las exigencias de la situación; y iii) las medidas no deben vulnerar el derecho del procesado a un juicio justo e imparcial²⁴¹.

En este contexto, conviene resaltar que las medidas mediante las cuales se ha cristalizado la restricción al deber de divulgación son de distinta índole y, como se había anticipado en el estudio de las relaciones entre descubrimiento probatorio y principio de proporcionalidad²⁴², pueden versar sobre un descubrimiento parcial o un descubrimiento tardío. No hay lugar a la no revelación absoluta en el sentido de que pueda hacerse valer como prueba un elemento que jamás fue descubierto pues, como se vio, la normativa de la CPI no permite la inclusión de medios probatorios que no sean revelados de manera previa y adecuada. Lo que puede ocurrir es que en un determinado momento no se descubra la totalidad de un medio de prueba pero que con posterioridad se proceda a su divulgación, por lo que este evento quedaría comprendido dentro de la categoría del descubrimiento tardío. Específicamente y conforme a la práctica de la CPI, estas medidas han sido las “redacciones” de documentos²⁴³ y las autorizaciones para *delayed disclosure*²⁴⁴.

En relación con las redacciones debe decirse que el principio general que las gobierna es la necesidad de prevenir la identificación de los solicitantes. Las redacciones consisten en el cubrimiento o alteración de cierta información en los documentos, específicamente cualquier dato sobre la identidad de los aplicantes²⁴⁵. Sin embargo, como se verá más adelante, las

²⁴¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81’”. ICC-01/04-01/06-773. 14 December 2006, paras. 21 and 33

²⁴² Al respecto ver Capítulo II (6.2) de este texto

²⁴³ A modo de ejemplo puede consultarse INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on Prosecution Application to Redact Investigator’s Identifying Information and to Vary the Redaction Protocol”. ICC-01/09-01/11. 21 December 2012

²⁴⁴ A modo de ejemplo puede consultarse INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Confidential Redacted Version of ‘Decision on First Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities’”. ICC-01/09-01/11. 4 January 2013

²⁴⁵ Incluyendo: el nombre, nombre de los padres, lugar de nacimiento, fecha de nacimiento, tribu o grupo étnico, ocupación, estatus civil, número de dependientes, tipo de prueba de identidad proporcionada, dirección de residencia actual y lugar de origen (pero no el país), número de teléfono y correo electrónico, idiomas que habla, nombre de las víctimas o testigos del mismo incidente, características específicas de la lesión, pérdida o daño supuestamente sufrido, nombre y datos del intermediario que ayuda a la víctima a presentar la solicitud. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on Legal Representation, Appointment of Counsel for the Defence, Protective Measures and Time-limit for Submission

redacciones también se han utilizado para garantizar la confidencialidad de información y la posibilidad de adelantar investigaciones en curso o futuras, verbigracia, mediante la redacción del lugar donde se llevan a cabo entrevistas.

Por otra parte, en relación con las autorizaciones para *delayed disclosure* es imperativo señalar que los límites de tiempo para cumplir con las obligaciones en materia de descubrimiento probatorio establecidos en la normativa de la CPI garantizan²⁴⁶ el derecho a recibir de manera oportuna la información para la preparación del caso. Así mismo, es necesario tener en cuenta que a pesar de que el Estatuto²⁴⁷ señala que el descubrimiento debe tener lugar con suficiente antelación al comienzo del juicio, en ocasiones se ha ordenado el descubrimiento con posterioridad al inicio de este²⁴⁸.

No obstante lo anteriormente señalado, esos límites son indicativos de los plazos mínimos²⁴⁹ y el juez puede establecer los tiempos de divulgación que él considere adecuados para el caso concreto. Establecidos los términos finales, cualquier demora más allá de estos debe ser autorizada sólo en circunstancias excepcionales²⁵⁰, caso en el cual será obligatorio cumplir

of Observations on Applications a/0010/06, a/0064/06, to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06". ICC-02/04-01/05. 1 February 2007, para. 21

²⁴⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. "Decision on Issues Relating to Disclosure". ICC-01/04-01/10. 30 March 2011, para. 20

²⁴⁷ ECPI. Artículo 64 (3) (e)

²⁴⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. "Confidential Redacted Version of 'Decision on First Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities'". ICC-01/09-01/11, 4 January 2013, para. 29. También ver INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. "Confidential Redacted Version of the 'Decision on the Prosecution's Renewed Request for Delayed Disclosure of Identity of Witness 534'". ICC-01/09-011. 2 May 2013, para. 27 - 33

²⁴⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters". ICC-02/04-01/15. 27 February 2015, para. 17. También ver INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters". ICC-01/09-01/11. 6 April 2011, para. 10

²⁵⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. "Confidential Redacted Version of 'Decision on First Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities'". ICC-01/09-01/11. 4 January 2013, para 26

con los requerimientos del principio de proporcionalidad²⁵¹ de la misma manera en que se demanda para la autorización de redacciones²⁵².

Finalmente, es necesario señalar que, hasta el momento, no han existido en las decisiones de la CPI ejercicios de proporcionalidad para determinar si se flexibiliza la facultad de no descubrir documentos internos de trabajo, información obtenida con acuerdo de confidencialidad o información privilegiada. En estos casos, el debate ha girado en torno, a si los documentos constituyen elementos de trabajo interno²⁵³, si existe o no consentimiento para la divulgación de información obtenida con acuerdo de confidencialidad²⁵⁴ o si se trata o no de información privilegiada²⁵⁵. En otras palabras, la Corte ha protegido el derecho a no revelar esta información incluso si estos intereses entran en conflicto con otros igualmente exigibles. Sin embargo, cuando este tipo de material se quiere descubrir, pero con algún tipo de restricción, verbigracia, redacciones, debe la Sala proceder al estudio²⁵⁶ correspondiente para determinar si esas limitaciones son compatibles²⁵⁷ con los derechos del procesado²⁵⁸.

²⁵¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kiri Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Prosecution’s Application for Relief pursuant to Decision 451, Rule 81 (2) and Regulation 35, 9 January 2013, ICC-01/09-02/11-595-Conf”. ICC-01/09-02/11. 3 February 2017, paras. 5 - 10

²⁵² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Confidential Redacted Version of ‘Decision on First Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities’”. ICC-01/09-01/11. 4 January 2013, paras 27 - 31

²⁵³ Sin embargo, si se quieren hacer valer como prueba, pero con redacciones, deben cumplirse los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision Concerning the Redaction and Transmission of Documents to the Defence”. 15 April 2015. ICC-02/04-01/15, para. 18

²⁵⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on the Prosecution’s Application under Article 53 (3) (f) to Apply Redactions to Documents Obtained under Article 54 (3) (e)”. ICC-02/04-01/15. 2 March 2016, para. 4

²⁵⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on the Review of Potentially Privileged Material”. ICC-01/04-01/10. 15 June 2011

²⁵⁶ No obstante, este estudio no se llevó a cabo en el caso *Mbarushimana* donde se entendió que el descubrimiento en versión redactada era por sí sólo suficiente para resolver la tensión entre la confidencialidad de la información y el derecho del sospechoso al juicio justo. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on Prosecution’s Application for Authorisation to Disclose a Document received pursuant Article 54 (3) (e) in redacted form”. ICC-01/04-01/10. 4 August 2011

²⁵⁷ *Ibidem*

²⁵⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision Concerning the Redaction and Transmission of Documents to the Defence”. ICC-02/04-01/15. 15 April 2015, para. 19

2.3 Desarrollo del proceso ponderativo

La autorización para el no descubrimiento requiere una evaluación cuidadosa donde se tienen en cuenta varios intereses en juego²⁵⁹. Estas medidas se pueden tomar de oficio por el juez o a solicitud de parte, soportándose siempre en un razonamiento suficiente²⁶⁰, donde deberán proporcionarse argumentos de tal calibre que sean capaces para convencer a la Sala de tomar dicha decisión. Es por lo anterior que se exige a quien las solicita que desarrolle de manera detallada para cada solicitud el cumplimiento de los siguientes criterios²⁶¹:

- i) Señalar la base legal para cada redacción;
- ii) Explicar y analizar cada hecho individual que justifique la medida de protección que se propone;
- iii) Evaluar adecuadamente la viabilidad y adecuación de todas las medidas de protección disponibles;
- iv) Establecer que la no divulgación es la única medida apropiada; y
- v) Demostrar que la medida se limita a lo estrictamente necesario²⁶² en relación con los derechos del sospechoso.

En ese orden de ideas la SA estableció los factores que debe abordar el juez para proceder a la excepción del deber de divulgación, los cuales pueden resumirse en²⁶³:

- i) La necesidad de la medida de protección;
- ii) Debe ser la medida necesaria menos intrusiva para proteger los derechos de la persona en cuestión, la confidencialidad de la información o la preservación de la facultad de adelantar investigaciones actuales o futuras; y

²⁵⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 66

²⁶⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “PUBLIC REDACTED VERSION OF ICC-01/05-01/08-48-US-Exp Decision Concerning the Prosecutor’s Proposals for Redactions”. ICC-01/05-01/08. 23 July 2008, para. 26

²⁶¹ *Ibidem*, para. 40

²⁶² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on Legal Representation, Appointment of Counsel for the Defence, Protective Measures and Time-limit for Submission of Observations on Applications a/0010/06, a/0064/06, to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06”. ICC-02/04-01/05. 1 February 2007, para. 23

²⁶³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81’”. ICC-01/04-01/06-773 (OA5). 14 December 2006, paras. 21 and 33 – 34

- iii) Desde una evaluación general²⁶⁴, la medida de protección no puede ser perjudicial o inconsistente con los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial.

En este estudio, la Sala debe evaluar con cuidado la información que no se quiere descubrir²⁶⁵. Además, el juez, con una visión general del proceso *in toto*, tendrá en cuenta los hechos y circunstancias individuales de cada caso y de cada solicitud concreta²⁶⁶.

De manera más específica, otra Sala señaló que los requerimientos para autorizar la excepción al descubrimiento son²⁶⁷:

- i) La existencia de un riesgo objetivamente justificable a la seguridad de la persona a la cual se quiere proteger o un riesgo de perjudicar investigaciones actuales o futuras o el carácter confidencial de la información, riesgo que debe surgir del descubrimiento particular al acusado;
- ii) La infactibilidad o insuficiencia de medidas de protección menos restrictivas;
- iii) Una evaluación sobre si las medidas que se buscan son perjudiciales o inconsistentes con los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial y la obligación de revisar periódicamente la decisión que las autoriza en caso de que cambien las circunstancias que les dieron lugar.

El estudio de cada uno de estos requerimientos se verá en detalle de manera inmediata.

²⁶⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on the Prosecution’s Application for Authorisation to Maintain Certain Redactions”. ICC-01/09-01/11. 23 April 2013, para. 26

²⁶⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 69

²⁶⁶ *Ibidem*

²⁶⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Protocol Establishing a Redaction Regime”. ICC-01/09-02/11. 27 September 2012, para. 11

2.3.1 *La existencia de un riesgo objetivamente justificable*

La contingencia de daño que exige la jurisprudencia de la CPI debe reunir los siguientes requisitos²⁶⁸:

- i) El alegado peligro debe envolver un riesgo objetivamente justificable a la seguridad de la persona o de las investigaciones en curso o futuras o del carácter confidencial de la información en cuestión y;
- ii) El riesgo debe surgir concretamente de revelar la información a la Defensa y no de descubrirla al público en general. La Sala debe considerar, entre otras cosas, si el peligro se puede superar haciendo que la información sea disponible únicamente *inter-partes*. En esta evaluación, debe tenerse en cuenta las circunstancias particulares del procesado para determinar si existe o no posibilidad de que él o ella transmitan esa información a terceros o si de alguna manera con sus acciones pueden poner en peligro a otros.

Ahora bien, conforme a la práctica de la Corte en la evaluación del riesgo, específicamente en aquellos casos donde se ha querido proteger la seguridad de víctimas o testigos, se constata que las Salas han otorgado especial peso a:

- i) Las circunstancias personales del individuo que se quiere proteger;
- ii) Si esa persona se beneficia de otras medidas de protección;
- iii) La situación de seguridad donde la persona reside²⁶⁹;
- iv) Si la persona ha recibido amenazas del procesado o sus partidarios;
- v) Si la persona por si misma ha tomado acciones para poner en peligro su propia seguridad personal²⁷⁰,
- vi) La existencia de amenazas a los testigos debido a que están involucrados con las actividades de la Corte; y

²⁶⁸ *Ibidem*, para. 71

²⁶⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on the Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rule 81 (2) and Rule 81 (4)”. ICC-01/04-01/10. 20 May 2011, para. 13

²⁷⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean Pierre-Bemba Gombo*. “PUBLIC REDACTED VERSION OF ICC-01/05-01/08-215-Conf Third Decision on the Prosecutor’s Requests for Redactions and Related Request for the Regulation of Contacts of Jean-Pierre Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08. 6 November 2008, para 51

- vii) Si las víctimas o testigos han consentido o no en el descubrimiento de su identidad²⁷¹.

Para terminar, la CPI ha sido enfática en señalar que estas medidas tienen la finalidad de evitar la concreción del riesgo que versa sobre la seguridad de la persona o el carácter confidencial de la información que se pretende proteger o la preservación de la posibilidad de llevar a cabo investigaciones actuales o futuras y no pueden consistir en la necesidad de proteger otro tipo de intereses, verbigracia, la intimidad de los testigos, pues no existe un fundamento legal para la salvaguarda de otros derechos por esta vía²⁷².

2.3.2 *La infactibilidad o insuficiencia de medidas de protección menos restrictivas*

Una vez se concluye que el riesgo existe, lo que debe hacer el juez posteriormente es confirmar si las medidas que se buscan pueden o no hacer que se supere o que se reduzca ese riesgo. En caso negativo, la Sala no debe proceder a las medidas y en caso afirmativo los siguientes factores deben ser considerados para determinar si los derechos del sospechoso serán restringidos únicamente en lo estrictamente necesario²⁷³:

- i) Considerar si una medida alternativa está disponible y es factible en esas circunstancias;
- ii) Tener en cuenta que la no divulgación se solicita en una etapa del proceso en relación con la confirmación de cargos;
- iii) La Sala debe evaluar cuidadosamente la relevancia de la información para la Defensa; y
- iv) Si el no descubrimiento resultaría en una confirmación de cargos que, vista como un todo, es injusta para el sospechoso, las medidas no deben ser autorizadas²⁷⁴.

²⁷¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. “Decision on the Prosecutor’s Request for Redactions”. ICC-01/12-01/15. 8 December 2015, para. 6

²⁷² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on the Prosecutor’s Request for Authorisation of non-standard Redactions. ICC-02/04-01/15. 23 December 2015, paras. 3 and 4

²⁷³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 72

²⁷⁴ *Ibidem*

Ahora bien, con el objetivo de plantear un escenario más garantista en relación con los derechos del acusado conviene preguntarse ¿qué medidas alternativas al no descubrimiento podrían salvaguardar los intereses que se pretenden proteger?

La SCP en el caso *Katanga* estableció como ejemplo de medidas menos intrusivas que las redacciones, con las cuales se buscaba eludir la identificación de los investigadores de la Fiscalía, las siguientes: evitar tomar declaraciones en pueblos pequeños o ciudades; asegurarse de que tales personas no se destaquen fácilmente de la población local; y rotar a tales investigadores una vez haya indicios de que su identificación con la Corte puede poner en peligro su seguridad o la investigación del ente persecutor²⁷⁵.

Igualmente, en el caso *Bemba* la Sala señaló que las redacciones eran muy extensas y perjudicarían los derechos de la Defensa si se garantizaran, pero al unísono descubrir la información habría hecho que el procesado identificara fácilmente a los testigos, por lo que la Sala encontró como única alternativa disponible el uso de resúmenes²⁷⁶ de las declaraciones de estos²⁷⁷.

Para concluir, si la Sala determina que no existe medida menos lesiva que la restricción al descubrimiento con el objetivo de salvaguardar los intereses que juegan en contra de los derechos del procesado, se procede, como se verá a continuación, a determinar si las medidas vulneran o no su derecho al *fair trial*.

²⁷⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008, para. 77

²⁷⁶ *Ibidem*

²⁷⁷ Es importante destacar que el uso de resúmenes está autorizado por la normativa de la CPI y no se requiere un permiso especial del juez para proceder a ellos, salvo si se quieren hacer redacciones a los mismos, en cuyo caso deberá cumplirse con los requisitos propios de las restricciones a la divulgación de información INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “PUBLIC REDACTED VERSION OF ICC-01/05-01/08-135-Conf Second Decision on the Prosecutor’s Request for Redactions”. ICC-01/05-01/08. 1 October 2008, para. 57

2.3.3 Evaluación acerca de la compatibilidad de las medidas con los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial y la obligación de revisar periódicamente la decisión que autoriza el no descubrimiento de información

Habiendo superado los dos primeros filtros, el juez debe someter a consideración si las medidas que se solicitan vulneran o no el derecho del procesado al *fair trial*, para lo cual, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que los siguientes factores deben ser evaluados²⁷⁸:

- i) Al sopesar los diferentes intereses, la Sala debe garantizar que adecuadas salvaguardas tienen lugar de forma tal que sea factible proteger los intereses del sospechoso y cumplir, en la medida de lo posible, con los requerimientos de la igualdad de armas y el carácter adversarial del proceso. En caso de que sea posible una afectación del derecho del sospechoso al juicio justo, deberán tomarse medidas de contrabalanceo tales como el uso de seudónimos o códigos de letras²⁷⁹ en las redacciones de los documentos de que se trate o resúmenes de aseveraciones redactadas de declaraciones de testigos²⁸⁰. Estas medidas son importantes en caso de no descubrimiento de información conseguida mediante acuerdo de confidencialidad ya que en la audiencia *ex parte* la Sala deberá determinar si el material debería descubrirse si no existiera tal acuerdo. En caso afirmativo, el fiscal deberá buscar el consentimiento del proveedor de la información y, de no conseguirse, la Sala, ya que tiene prohibido ordenar el descubrimiento, determinará si hay lugar o no a medidas de contrabalanceo y, de ser así, señalará cuáles de ellas pueden adoptarse para garantizar el derecho del procesado a un juicio justo a pesar de la falta de divulgación²⁸¹;

²⁷⁸ *Ibidem*. para 73

²⁷⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kimiri Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Prosecution’s First Request for The Authorisation of Redactions, 13 December 2012, ICC-01/09-02/11-569-Conf”. ICC-01/09-02/11. 3 February 2017, para. 30. También ver INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on Prosecution Applications to Redact Investigators’ Identifying information and to vary the Redaction Protocol”. ICC-01/09-01/11. 21 December 2012, para. 23

²⁸⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kimiri Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on Second Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities, 8 January 2013, ICC-01/09-02/11-593-Conf-Exp”. ICC-01/09-02/11. 3 February 2017, para. 44

²⁸¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Decision on Article 54 (3) (e) documents. ICC-02/05-03/09. 23 November 2011, para. 16. También ver INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer*

- ii) Antes de decidir sobre la autorización de las medidas, la Sala debe dar a la Defensa la mayor oportunidad posible para presentar propuestas sobre los temas involucrados sin necesidad de revelar la información que se pretende proteger; y
- iii) Aun cuando se autorice la no revelación, esa decisión debe permanecer bajo revisión de la Sala ya que posteriormente puede ser necesario que sea descubierta bien sea en virtud de algún cambio de circunstancias o porque las razones que las justifican desaparecen²⁸². Aquí, es importante resaltar que el fiscal debe asistir a la Sala en esta cuestión atrayendo su atención sobre ciertos factores que pueden hacer que reconsidere su decisión sobre la no divulgación.

Ahora bien, la práctica de la Corte ha evidenciado que cuando la información que se pretende proteger no está relacionada directamente con el caso, o no es relevante²⁸³, la excepción al deber de descubrir medios probatorios no vulnera los derechos del sospechoso²⁸⁴. Así mismo, otra de las razones que se han aducido con frecuencia por parte de la CPI para afirmar que los derechos del acusado no se ven afectados es el hecho de que con posterioridad tendrá acceso²⁸⁵ a la evidencia relevante del caso y podrá ser efectivamente controvertida²⁸⁶. Lo mismo ha considerado la Corte cuando no se revela información sobre la identidad de los

Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus. “Decision on the Defence Request for a Temporary Stay of Proceedings”. ICC-02/05-03/09. 26 October 2012, para. 148

²⁸² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohammed Ag Mahmoud*. “Decision on the Evidence Disclosure Protocol and Other Related Matters”. ICC-01/12-01/18. 16 May 2018, para. 34. También ver INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. “Decision on Issues Related to Disclosure and Exceptions thereto”. ICC-01/12-01/15. 30 September 2015, para. 8

²⁸³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidelé Babala Wandu and Narcisse Arido*. “Decision on the ‘Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rules 81 (2) and 81 (4) of the Rules of Procedure and Evidence’. Dated 6 June 2014”. ICC-01/05-01/13. 17 June 2014, para. 5

²⁸⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on the Prosecution’s Application for Authorisation to Maintain Certain Redactions”. ICC-01/09-01/11. 23 April 2013, para. 40

²⁸⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. “Sixth Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact the Interviews Transcripts of Witness 238”. ICC-01/04-01/07. 21 April 2008, para. 12

²⁸⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “PUBLIC REDACTED VERSION OF ICC-01/05-01/08-135-Conf Second Decision on the Prosecutor’s Request for Redactions”. ICC-01/05-01/08. 1 October 2008, para 65

miembros de la familia de los testigos o víctimas ya que ninguno de ellos es en estricto sentido un testigo o, de alguna manera, recurso para el fiscal²⁸⁷.

Para terminar, es imperativo manifestar que, si bien las redacciones son admisibles, proceder a un número significativo de estas plantea problemas graves con el derecho de la Defensa al *fair trial* dado el impacto acumulativo y la dificultad²⁸⁸ que implica controvertirlas²⁸⁹.

2.4 Ejemplos de excepciones al deber de descubrimiento probatorio

Con el objeto de lograr un panorama más completo sobre la doctrina del principio de proporcionalidad en el *disclosure* del proceso penal ante la CPI es oportuno señalar algunos ejemplos, a cuya lectura se remite si se quiere ahondar en ellos, en los cuales se procedió al estudio concreto de los requerimientos elaborados por las Salas en la práctica judicial.

Un primer ejemplo puede encontrarse en el caso *Ruto and Sang* en el cual se consideró que descubrir las identidades de los investigadores podría atraer vigilancia sobre sus actividades, elevando también potenciales riesgos a la seguridad de los testigos que residían en Kenia. Esta medida se consideró necesaria pues minimizaba las posibilidades de que se estableciera un vínculo entre los investigadores y aquellos con quienes se reunían²⁹⁰. Además de la inexistencia de medidas alternativas, las redacciones no vulneraban los derechos del acusado dado que el ocultamiento de la identidad de los investigadores no obstaculizaba su facultad

²⁸⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on the Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rule 81 (2) and Rule 81 (4)”. ICC-01/04-01/10. 20 May 2011, para. 29

²⁸⁸ Este fue el caso en INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “PUBLIC REDACTED VERSION OF ICC-01/05-01/08-48-US-Exp Decision Concerning the Prosecutor’s Proposals for Redactions”. ICC-01/05-01/08. 23 July 2008, para. 34

²⁸⁹ Además, debe recordarse que la decisión que toma el juez no puede fundamentarse principal o exclusivamente en testigos anónimos. También conviene decir que las Salas han otorgado a este tipo de testigos menor valor probatorio. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohammed Ag Mahmoud*. “Decision on the Prosecution Motion for Authorization to File an Anonymous Summary Concerning Witness MLI-OTP-P-P0113”. ICC-01/12-01/18. 27 September 2018, para. 36

²⁹⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on Prosecution Applications to Redact Investigators’ Identifying Information and to Vary the Redaction Protocol”. ICC-01/09-01/11. 21 December 2012, para. 21. También ver INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidelé Babala Wandu and Narcisse Arido*. “Decision on the ‘Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rules 81 (2) and 81 (4) of the Rules of Procedure and Evidence’. Dated 6 June 2014”. ICC-01/05-01/13. 17 June 2014, para 9. También ver INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Prosecution’s First Request for Authorisation of Redactions, 13 December 2012, ICC-01/09-02/11-569-Conf”. ICC-01/09-02/11. 3 February 2017

para evaluar los documentos por ellos proporcionados y, en todo caso, el potencial perjuicio que pudiera padecer el acusado podría ser mitigado con el uso de pseudónimos²⁹¹.

En este mismo caso, aunque desde otra perspectiva, se autorizó el descubrimiento tardío de la identidad de un testigo²⁹² debido a la existencia de un riesgo objetivamente justificable soportado en el reporte de la UVT. La medida era absolutamente idónea para salvaguardar la seguridad de la persona, empero, existían otras vías de protección igualmente viables pero que estaban en trámite, por lo que se autorizó retrasar la revelación de manera temporal mientras estas se materializaban. Así, se encontró un balance con los derechos del acusado a quien además se le garantizó, como medio de contrabalanceo, un resumen proporcionado por el fiscal de cualquier afirmación sustancial hecha por el testigo en su declaración²⁹³.

Para concluir, en el caso *Gaddafi* se retuvo la identidad de los investigadores pues haría que estos fueran rastreados al lugar donde adelantaban las investigaciones, lo que significaría un perjuicio para futuras pesquisas. Igualmente, no se reveló el lugar en donde se encontraban pues, teniendo en cuenta que los miembros del ente persecutor tenían espacios muy limitados donde podían desenvolverse, este descubrimiento podría perjudicar en el futuro la posibilidad de dirigirse a esos sitios para continuar sus labores. Entre otras cosas, se sostuvo que publicar la ubicación podría hacer que los testigos fueran identificados, poniéndolos en un riesgo injustificable²⁹⁴. La Sala en este caso no encontró una medida menos restrictiva viable para ese momento y señaló que, dado que las redacciones sobre la identidad de los investigadores constituían discreta y limitada información de poco valor para el ejercicio de los derechos de la Defensa, no existía perjuicio para esta. Así mismo, en relación con la no divulgación del sitio donde se llevaban las investigaciones, indicó que tampoco era inconsistente con el juicio justo del acusado pues se refería al lugar específico en el que se realizaban las entrevistas, no

²⁹¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on Prosecution Applications to Redact Investigators’ Identifying Information and to Vary the Redaction Protocol”. ICC-01/09-01/11. 21 December 2012, para. 23

²⁹² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Confidential Redacted Version of ‘Decision on First Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities’”. ICC-01/09-01/11. 4 January 2013, paras. 43 - 48

²⁹³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Confidential Redacted Version of ‘Decision on First Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities’”. ICC-01/09-01/11. 4 January 2013, para. 48

²⁹⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*. “Decision on the Prosecution’s Request for Redactions pursuant to Rule 81 (2)”. ICC-01/11-01/11. 16 August 2013, paras. 6 - 8

se refería al país entero o a la ciudad donde tenían lugar, por lo que la medida, además de no constituir información sustancial, se limitaba a lo estrictamente necesario²⁹⁵.

3. PRINCIPALES INCONVENIENTES Y POSIBLES SOLUCIONES EN MATERIA DE RESTRICCIONES AL DEBER DE DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN EN EL PROCESO PENAL INTERNACIONAL.

3.1 Sobre los procedimientos *ex parte* y la necesidad de crear nuevos cargos al interior de la CPI

Las audiencias *ex parte* implican varios problemas para el derecho de defensa y la imparcialidad del juez que pueden tener un impacto significativo en el resultado final del proceso. En primer lugar, este tipo de procedimientos niegan cualquier posibilidad de ejercer una efectiva contradicción, como se vio, puede suceder que, incluso, la Defensa no se entere siquiera de la existencia de esas audiencias. Al no existir esta posibilidad, hay una mayor probabilidad para el fiscal de convencer al juez sobre la excepción al deber de revelación, limitando el acceso a información relevante para la Defensa. En una audiencia en la cual participa únicamente la Fiscalía y el Juez, sólo una visión de la situación se presenta ante los ojos del juzgador, la cual, al no tener un contrapeso, puede imponerse con facilidad.

En segundo lugar, el juez que decide la excepción al descubrimiento probatorio posteriormente participa en la confirmación de cargos o el juicio. La providencia que ordena la excepción, como se vio, se determina con base en el riesgo de peligro que supone el descubrimiento al acusado. Esto implica un cambio de perspectiva sobre el sospechoso pues, por ejemplo, en ocasiones se ha argumentado que la divulgación de una determinada información puede acarrear que el procesado ejerza retaliaciones en contra de víctimas o testigos. Esto, sin dudas, puede desembocar en una grave parcialidad²⁹⁶ del juez que

²⁹⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*. “Decision on the Prosecution’s Request for Redactions pursuant to Rule 81 (2)”. ICC-01/11-01/11. 16 August 2013, paras. 6 - 8

²⁹⁶ Posiblemente sea esta la razón por la cual, en ocasiones, el juez que decidía sobre la excepción al deber de información posteriormente era el único que en la confirmación de cargos estaba a favor de esta y se apartaba de la opinión mayoritaria de los magistrados que decidían no confirmar los cargos. A manera de ejemplo ver INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “First Decision on the Prosecutor’s Request for Redactions”. ICC-02/05-03/09. 29 July 2010; y INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Corrigendum on the “Decision on the confirmation of Charges”. ICC-02/05-03/09. 7 March 2011

posteriormente tendrá que decidir si el caso debe ser llevado a juicio o, incluso, si el procesado será condenado o no, poniendo en duda la efectividad de su derecho al *fair trial*.

En tercer lugar, ya que no se tiene acceso al contenido de esa audiencia, o se tiene, pero con redacciones, la controversia o apelación de esa decisión es casi imposible pues no existe forma de contraargumentar lo desconocido, de ahí que el levantamiento de esas medidas dependerá, en últimas, de la voluntad del fiscal o del juez.

Dadas las razones anteriores, un efectivo contradictorio es difícilmente alcanzable en este tipo de procedimientos, lo cual sitúa a la Defensa en una desventaja sustancial *vis à vis* la Fiscalía, de ahí que, dos soluciones se propongan en este texto para hacer frente a los problemas sobre el derecho de defensa e imparcialidad que acaban de ser mencionados: la creación de un representante especial de la Defensa para los procedimientos *ex parte* y la creación de un juez de control de garantías.

Con el establecimiento de un representante especial de la Defensa para las audiencias *ex parte* se solventan los problemas relacionados con el derecho de defensa y el principio de contradicción. Su presencia establecerá un diálogo real con la contraparte de manera tal que el juez pueda tomar una decisión más razonada, basada en argumentos y contraargumentos y no simplemente en una visión parcializada de la situación. Así mismo, teniendo pleno conocimiento de las razones que se aducen para tomar la decisión en dicha audiencia, podrá posteriormente apelarla o ejercer una revisión constante de manera tal que, cuando exista un cambio de circunstancias, pueda solicitar el levantamiento de la restricción y no dependerá, exclusivamente, de la buena voluntad del fiscal o del juez. Claramente, en caso de proceder a la no divulgación, será necesario proscribirle al representante de la Defensa la revelación de lo sucedido en audiencia. De esta manera, se optimiza tanto la protección de los derechos del acusado como la garantía de los intereses que juegan en contra.

Finalmente, la creación de un juez de control de garantías deviene en un remedio efectivo para los posibles inconvenientes de imparcialidad. Este juez es el juez constitucional por excelencia, garante de los derechos constitucionales que tiene a su cargo la ponderación y armonización de derechos en conflicto²⁹⁷. El juez de control de garantías promoverá el

²⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-210 de 2007*. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. También ver CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-591 de 2005*. MP. Clara Inés

respeto por los derechos y las libertades individuales y al mismo tiempo garantizará la eficacia de la investigación penal, será independiente e imparcial, decidirá únicamente en Derecho y su función principal será velar por la vigencia de los derechos fundamentales del procesado. De esta manera, no sólo se evita que quien toma la decisión de restringir los derechos del procesado sea también el que posteriormente decidirá la determinación final en la confirmación de cargos o el juicio, sino que las decisiones del juez de control de garantías gozarán de mayor exactitud y legitimidad al ser un juez especializado en este ámbito.

3.2 Sobre la inconsistencia e insuficiencia en la argumentación jurídica de las Salas de la CPI y la necesidad de reglamentar la doctrina elaborada por la Corte

Dos situaciones problemáticas se constatan en la jurisprudencia de la CPI. La primera consiste en que en ocasiones se emplea la doctrina elaborada por la Corte²⁹⁸ y en otras no se lleva a cabo sino que se procede a decretar la excepción sin un análisis de los requisitos que se estudiaron previamente²⁹⁹; la segunda es que aquellos casos en los que sí se ha hecho referencia a los requisitos planteados por la Corte, algunas veces la argumentación esgrimida es marcadamente detallada³⁰⁰ y, en otras, los razonamientos de las Salas son demasiado simples, carecen de toda profundidad y la mención a los requisitos es una actividad apenas mecánica sin ningún ejercicio de reflexión³⁰¹.

Vargas Hernández; y CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-873 de 2003*. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. A profundo detalle sobre el juez de control de garantías GUERRERO PERALTA, O. *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 2006

²⁹⁸ A manera de ejemplo puede consultarse INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. 13 May 2008. ICC-01/04-01/07 (OA)

²⁹⁹ A manera de ejemplo puede consultarse INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Decision on the Defence’s Request for Disclosure of Documents in the Possession of the Office of the Prosecutor”. ICC-02/05-03/09. 23 January 2013; y INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Judgment on the appeal of Mr. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus against the decision of Trial Chamber IV of 23 January 2013 entitled ‘Decision on the Defense’s request for Disclosure of Documents in the Possession of the Office of the Prosecutor’”. ICC-02/05-03/09 OA 4. 28 August 2013

³⁰⁰ A manera de ejemplo puede consultarse INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on the Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rule 81 (2) and Rule 81 (4)”. ICC-01/04-01/10. 20 May 2011

³⁰¹ A manera de ejemplo puede consultarse INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on Matters Raised at the Status Conference of 14 February 2011”. ICC-01/04-01/10. 21 March 2011

Las situaciones descritas plantean problemas de seguridad jurídica, son escenarios en los cuales no existe verdadera administración de justicia, donde los jueces incumplen con la básica obligación de motivar sus decisiones, lo cual desemboca en una ausencia de predictibilidad y coherencia que evidencia la calidad de justicia que se ejerce, generando una suerte de deslegitimación de la jurisdicción internacional que afecta la confianza de los Estados y bien se sabe que en esa confianza se soporta la estructura de la CPI.

La solución que desde este texto se plantea es la reglamentación del esquema metodológico elaborado por la jurisprudencia de la Corte, de tal forma que se obligue a los jueces a señalar paso a paso el proceso ponderativo mediante el cual llegan a su decisión, que se haga imperativo el uso de esta herramienta analítica de manera que sea plenamente constatable en todos los casos el camino seguido para la adopción de la decisión final. Si bien es cierto que esta medida podría limitar la autonomía judicial, puede establecerse una excepción que consista en la posibilidad del juez de apartarse de esta doctrina si justifica razonadamente su actuar y, en todo caso, expresando en su decisión de manera explícita las razones que autorizan o niegan el no descubrimiento bajo la nueva metodología que se adopte.

3.3 El problema del lenguaje en el escenario del proceso penal internacional ¿motiva la adopción de un Derecho Procesal Penal del Enemigo? La necesidad de un cambio de terminología

El proceso penal internacional se desenvuelve en un escenario que incrementa la probabilidad de concebir al sospechoso como *enemigo*³⁰². El tipo de delitos que se investigan, las complicadas circunstancias de los países en donde los hechos delictivos tienen lugar, el uso del miedo como instrumento de manipulación y condicionante de las políticas de seguridad³⁰³, la ausencia de cooperación de los Estados y la presión de la comunidad internacional por resultados³⁰⁴, la posibilidad de camuflar ideologías dado el relativismo de

³⁰² Sobre el concepto de enemigo ver JAKOBS, G. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. En: CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L. 2003, pp. 19 - 56

³⁰³ OLÁSULO ALONSO, H. y PÉREZ CEPEDA, A. Terrorismo Internacional y Conflicto Armado. En *Colección los delitos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. Vol. 80. P. 45

³⁰⁴ Lo que puede resultar en una suerte de “gerencialismo”. Sobre este concepto en el ámbito del Derecho Penal ver SILVA SÁNCHEZ, J. *La Expansión del Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid/Montevideo: Edisofer/BdeF. 2011. P. 74

ciertas instituciones jurídicas (como las que componen la relación trídica estudiada previamente) y el lenguaje propio del proceso penal que hace referencia a contextos adversariales, partes en contienda y armas, entre otros, son algunos de los factores que pueden contribuir a un cambio de perspectiva sobre el acusado que desemboque en la primacía de la efectividad del ejercicio de la acción penal sobre y a expensas de las garantías y derechos fundamentales de este.

Esta situación es tan evidente que el mismo JAKOBS señala que el Derecho Penal y Procesal Penal del Enemigo se puede encontrar de manera clara y palpable en la jurisdicción internacional. Allí, arguye, la pena tiene la función de *crear* la vigencia de la norma y no de *mantenerla*³⁰⁵ pues las extremas vulneraciones a derechos humanos que se juzgan tienen lugar en aquellos sitios donde estos derechos no están establecidos en el sentido de que sean “respetados a grandes rasgos”³⁰⁶. Reitera que, no se trata de mantener un estado comunitario-legal sino de establecerlo y la situación previa a ese establecimiento es el estado de naturaleza, en el cual no hay personalidad, es más, los autores de esas vulneraciones no ofrecen siquiera la seguridad suficiente para ser personas, por lo que frente a ellos “está permitido *todo lo que sea necesario* para asegurar el ámbito ‘comunitario-legal’”³⁰⁷ (subrayado propio). Argumenta que, para ese establecimiento es necesario castigar a quien vulnere los derechos humanos mediante una sanción que, sin embargo, “no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos”³⁰⁸. En resumen, ya que lo que se tiene es un estado de naturaleza y, dado que aquellos infractores no son personas, ninguna garantía jurídica es predicable de ellos, por lo que la ideología del enemigo, tanto en su faceta sustancial como procesal³⁰⁹, se puede manifestar en su máximo esplendor en el escenario del Derecho Penal Internacional.

Todas y cada una de las anteriores situaciones ameritan una investigación propia que excede los límites de este texto, no obstante, es factible plantear aquí el inicio de una posible solución

³⁰⁵ JAKOBS, G. Op. Cit., p. 51

³⁰⁶ *Ibidem*. P. 52

³⁰⁷ *Ibidem*. P. 54

³⁰⁸ *Ibidem*. P. 55

³⁰⁹ Sobre la faceta procedimental del Derecho Penal del Enemigo, además de los trabajos del profesor JAKOBS, también conviene consultar MUÑOZ CONDE, F. *De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal Penal del Enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi. 2008

a uno de estos escenarios, concretamente, aquél en relación con el lenguaje que fortalece el desarrollo de la ideología del enemigo en el ámbito internacional.

Ese inicio consiste en un simple, pero con profundo significado, cambio de terminología sobre la igualdad entre las partes. Se propone abandonar el concepto de “armas” para hacer referencia a la igualdad procesal y en su lugar adoptar la noción de igualdad de medios y oportunidades. De esta manera, se desecha un término que evoca, promueve y contribuye a la concepción y reforzamiento de la ideología del enemigo sin necesidad de desnaturalizar ni sacrificar el significado y desarrollo que connota la garantía de igualdad procesal.

Este cambio de terminología deviene relevante en la medida que el lenguaje condiciona la forma en la que las personas ven e interactúan con el mundo, construye una perspectiva con base en la cual se desarrollan los vínculos interpersonales en una sociedad, dentro de los cuales están las relaciones jurídicas. Este condicionamiento es tan fuerte que, no por nada, WITTGENSTEIN, el gran filósofo del lenguaje, sostenía que los límites del lenguaje son los límites del mundo³¹⁰.

Finalmente, como se dijo, estas son problemáticas que necesitan de discusión y largos años de investigación si se quieren generar cambios significativos, especialmente, en el ámbito de la propuesta que aquí se hace se requieren trabajos especializados en Filosofía del Lenguaje Jurídico. El panorama no es del todo oscuro pues las soluciones a estos inconvenientes, aunque demandan bastante tiempo, son perfectamente posibles como anteriormente se vislumbró. Aquí, se dejan establecidas bases que pueden constituir el punto de partida de nuevas investigaciones que hagan viable un ejercicio más legítimo de la administración de justicia y que constituyan una resistencia importante a esas ideologías marcadamente inconstitucionales que hoy gozan de cierta aceptación y que necesitan ser reconsideradas.

³¹⁰ WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus e Investigaciones filosóficas*. Madrid: Gredos, D.L. 2009

CONCLUSIONES

El principio de igualdad de armas es una garantía derivada del juicio justo que consiste en que cada parte debe tener una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no la pongan en desventaja frente a la otra. Sin él, es imposible preparar una efectiva estrategia procesal, sin embargo, no es un principio absoluto, admite excepciones que deben ser examinadas con cautela pues fácilmente puede intensificarse la brecha inicial entre las partes, de ahí la importancia de evaluar de qué manera y bajo qué condiciones se excepciona pues esto puede tener un impacto importante en la justicia del proceso *in toto*. A continuación, se exponen las conclusiones más importantes de esta investigación a las que se llegó a través de un estudio conceptual del principio de igualdad de armas; un análisis de su fundamento normativo y del principio de proporcionalidad, así como del marco legal del *disclosure* en la CPI; un estudio teórico-conceptual de los puntos de contacto entre estos conceptos; y, finalmente, de una análisis jurisprudencial de todas las decisiones sobre descubrimiento de información en la CPI existentes y disponibles hasta el momento.

PRIMERA. A partir del análisis de los elementos del principio de igualdad de armas se desprende que es un mandato de optimización, demanda un cumplimiento en diferentes grados con base en las posibilidades jurídicas y fácticas del caso concreto, específicamente ordena la optimización de la igualdad material entre Fiscalía y Defensa en relación con los derechos y garantías que les asigna el ordenamiento jurídico de tal forma que ninguno se ubique en una posición de desventaja para la preparación y presentación de su caso.

SEGUNDA. Hay acuerdo sobre la existencia del principio de igualdad de armas, sin embargo, no hay consenso en cuanto a su fundamento y alcance. Están quienes consideran que este principio se deriva del juicio justo, quienes sostienen que hace parte del principio general de igualdad, otros le han caracterizado como parte del derecho de defensa y el debido proceso y están quienes señalan que hace parte del principio de contradicción. Igualmente, un sector arguye que sus beneficios se predicen únicamente en favor de la Defensa, otro que sostiene que esos beneficios son también predicables de la Fiscalía e incluso están quienes extienden su alcance en favor de las víctimas.

TERCERA. El principio de igualdad de armas y el principio de proporcionalidad no tienen referencia explícita en el cuerpo normativo de la CPI, sin embargo, la jurisprudencia ha

encontrado el fundamento del primero en el artículo 67 (1); y del segundo en el artículo 81 (4) y la regla 68 (1) de las RPP y a partir de allí ha desarrollado su doctrina. Por otro lado, el descubrimiento probatorio, es decir, la revelación de medios de prueba a la contraparte de acuerdo a las reglas procesales, en la CPI encuentra su fundamento normativo en el artículo 68 del Estatuto y en la sección II del capítulo IV de las RPP, además de la regla 121.

CUARTA. El principio de igualdad de armas, el principio de proporcionalidad y el descubrimiento probatorio tienen múltiples puntos de contacto, de los cuales aquí se establecieron veinticuatro, a partir de los cuales se determinó, desde el punto de vista conceptual, la naturaleza y modo de constatación de la relación entre estas instituciones. Además, proporcionaron las herramientas teóricas necesarias para un análisis crítico del discurso de la CPI en relación con el desarrollo del principio de igualdad de armas en el *disclosure* del proceso penal internacional a partir de su relación con el principio de proporcionalidad.

QUINTA. La jurisprudencia de la CPI sobre revelación de información referencia de manera directa e indirecta el principio de igualdad de armas. A partir de esas decisiones se confirmó que la relación del principio de igualdad de armas con el principio de proporcionalidad en el marco del descubrimiento probatorio efectivamente existe y se constata desde dos ángulos, desde el punto de vista del principio de igualdad de armas como género y como especie.

SEXTA. Se constató que esa relación se desarrolla en el proceso ponderativo, el cual se compone de una serie de requisitos elaborados por la jurisprudencia de la CPI que deben satisfacerse para poder ordenar las restricciones al deber de divulgación. Estos requerimientos son: i) la existencia de un riesgo objetivamente justificable; ii) la infactibilidad o insuficiencia de medidas menos restrictivas; y iii) la evaluación sobre si las medidas que se buscan vulneran o no el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial y la obligación de la Sala, con ayuda del fiscal, de revisar periódicamente la decisión que autoriza el no descubrimiento.

SÉPTIMA. La reseñada doctrina elaborada por la Corte presenta varios inconvenientes, a saber: i) la parcialidad y las afectaciones al ejercicio de una efectiva defensa y controversia de las decisiones tomadas en procedimientos *ex parte*; ii) la inconsistencia e insuficiencia en

la argumentación jurídica de la Corte; y iii) el problema del lenguaje en el escenario del proceso penal internacional y la necesidad de un cambio de terminología.

OCTAVA. Frente a la anterior problemática, se establecieron propuestas de posibles soluciones para cada una de ellas, respectivamente: i) la creación de un representante especial de la Defensa que participe en las audiencias *ex parte* y la creación de un juez de control de garantías; ii) la reglamentación de la doctrina elaborada por la Corte para autorizar el no descubrimiento de información; y iii) el abandono del término “armas” para hacer referencia a la igualdad procesal y, en su lugar, optar por el concepto de igualdad de medios y oportunidades.

NOVENA. Dados los límites de este trabajo, no es posible realizar una elaboración *in extenso* de cada una de estas soluciones, por lo que su planteamiento se hace a título enunciativo. Estas, son ideas que pueden constituir el inicio de nuevas investigaciones que desarrollen de manera amplia estos aspectos, viabilizando, en el futuro, un ejercicio cada vez más optimizado de la administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Libros

ALEXY, R. Sobre los derechos constitucionales a protección. En: ALEXY, R., BASTIDA, F., GARCÍA AMADO, J., GARCÍA FIGUEROA, A., HIERRO, L., MORESO, J., PARDO, C., PECES-BARBA, G., VALDÉS GARZÓN, E. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997

AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law. Vol. III: International Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press. 2016

ARMENTA DEU, T. *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2008

BARAK, A. *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra editores. 2017

BARÓNA VILAR, S., GÓMEZ COLOMER, J., MONTERO AROCA, J. y MONTÓN REDONDO, A. *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. 18ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch

BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general*. 6ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013

BERNAL CUÉLLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El proceso penal. Tomo II. Estructura y garantías procesales*. 6ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013

BERNAL PULIDO, C. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003

BRADY, H. Disclosure of Evidence. En S. Lee, R. *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Ardsley: Transnational Publishers. 2001

BUJOSA VADELL, L., HUERTAS MARTÍN, I., DEL POZO PÉREZ, M. y VICENTE JIMÉNEZ, C. 2ª edición. *Derecho Procesal Penal*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2007

CABAÑAS GARCÍA, J. *El Derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*. Cizur Menor: Aranzadi, SA. 2010

CAMPBELL BLACK, H. *Black's law dictionary. Definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern*. 4th edition. Minnesota: West Publishing Company

CHANG-JUNG YANG, A. *The Prosecution's Duty of Disclosure before International Criminal Tribunals* (Doctoral Thesis). London: Brunel University – Brunel Law School. 2016

DAMAŠKA, M. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the Legal Process*. Connecticut: Yale University Press. 2009

DE MEESTER, K., PITCHER, K., RASTAN, R., SLUITER, G. Investigation, Coercive Measures, Arrest and Surrender. En: FRIMAN, H., SLUITER, G., LINTON, S., VASILIEV, S., ZAPPALA, S (editors). *International Criminal Procedure. Rules and principles*. Oxford: Oxford University Press. 2013

DWORKIN, R. *Los Derechos en serio*. 2ª Ed. Barcelona: Editorial Ariel, S. A. 1989

FEDOROVA, M. *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*. Cambridge: Intersentia. 2012

FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 7ª edición. Madrid: Trotta. 2005

- FIORI, B. *Disclosure of Information in Criminal Proceedings: A Comparative Analysis of national and international criminal procedural systems and human rights law*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers. 2015
- GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters. 2015
- GUERRERO PERALTA, O. *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 2006
- GUERRERO PERALTA, O. *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez. 2004
- HEINZE, A. *International Criminal Procedure and Disclosure: an attempt to better understand and regulate disclosure and communication at the ICC on the basis of a comprehensive and comparative theory of criminal procedure*. Berlin: Duncker and Humblot GmbH. 2014
- JAKOBS, G. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. En: CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L. 2003
- LONDOÑO AYALA, C. *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2009
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 4ª Edición. Cizur Menor: Aranzadi, SA. 2010
- MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997
- MUÑOZ CONDE, F. *De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal Penal del Enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi. 2008
- OLÁSULO ALONSO, H. y PÉREZ CEPEDA, A. Terrorismo Internacional y Conflicto Armado. En *Colección los delitos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. Vol. 80
- PACKER, H. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press. 1968

ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. 25ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. 2000

SAFFERLING, C. *International Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press. 2012

SCHUON, C. *International Criminal Procedure: A Clash of legal cultures*. The Hague: T.M.C. Asser Press. 2010

SIDHU, O. *The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention of Human Rights*. Cambridge: Intersentia ltd, 2011

SILVA SÁNCHEZ, J. *La Expansión del Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid/Montevideo: Edisofer/BdeF. 2011

SUMMERS, S. *Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing. 2007

TRECHSEL, S. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press. 2005

WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus e Investigaciones filosóficas*. Madrid: Gredos, D.L. 2009

Revistas científicas

AMBOS, K. Confidential investigations (article 54 (3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure obligations: The Lubanga Case and National Law. En: *New Criminal Law Review: An international and interdisciplinary journal*. Berkeley: University of California Press. Fall 2009. Vol. 12, No. 4. Pp. 543 – 568 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c76c63/pdf/>

AMBOS, K. The First judgement of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues. En: *International Criminal Law Review*. Leiden: Brill. 2012. Vol. 12. Pp. 115 – 153 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030751

BUŽAROVSKA, G. Interpretation of 'equality of arms' in jurisprudence of Ad hoc Tribunals and ICC. En *SEEU Review*. Tetovo: South East European University. January 2015. Vol. 11: Issue 1. Pp. 28 – 39 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://content.sciendo.com/view/journals/seeur/11/1/article-p28.xml>

CIANELLO, M. Disclosure before the ICC: The emergence of a new form of policies implementation system in International Criminal Justice? En: *International Criminal Law Review*. Leiden: Brill. 2010. Vol. 10. Pp. 23 – 42 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753747

DIBELLA, A y JALLOH, C. Equality of Arms in International Criminal Law: continuing challenges. En: *Legal Studies Research Paper Series*. Pittsburgh: The Ashgate research companion to International Criminal Law - Critical perspectives. September 2013. No. 28. Pp. 251 – 287 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2314587

DWORKIN, R. The model of Rules. En: *The University of Chicago Law Review*. Chicago: University of Chicago Law School. 1967. Vol. 35. Pp. 14 – 46 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3553&context=uclev>

LÓPEZ ORTEGA, J. Prueba y Proceso Equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Revista Derechos y Libertades*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín oficial del Estado. Octubre 1993 - marzo 1994. No. 2. Pp. 597 – 628 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1482>

TREJO, L. Problemas prácticos del Proceso Penal a la luz del principio de igualdad de armas como garantía constitucional del imputado. En *Revista Aequitas*. Buenos Aires: Universidad del Salvador. 2015. Vol. 9, Num. 9. Pp. 287 – 305 [consulta: 7 julio 2019] Disponible en: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/download/3942/4880>

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia colombiana

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-873 de 2003*. MP. Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-591 de 2005*. MP. Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-1194 de 2005*. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-210 de 2007*. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-536 de 2008*, M.P.: Jaime Araujo Rentería

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-127 de 2011*. M.P. María Victoria Calle Correa

Jurisprudencia española

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 76/1982 de 14 de diciembre

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 161/1985, de 29 de noviembre

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 47/1987, de 22 de abril

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 180/1991, de 23 de septiembre

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 162/1993, de 18 de mayo

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 51/1996 de 26 de marzo

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 77/1997, de 21 de abril

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 268/2000 de 13 de noviembre

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 221/2003 de 15 de diciembre

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO). Sentencia núm. 19/2004 de 23 de febrero

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (SECCIÓN SEGUNDA). Auto núm. 655 de 7 de noviembre de 1984

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (SECCIÓN TERCERA). Auto núm. 783 de 13 de noviembre de 1985

Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Caso Abu Garda

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*. “Decision Requesting the Defence to Provide Information on Prospective Witness”. ICC-02/05-02/09. 8 October 2009

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*. “Prosecution’s Application for Leave to Appeal the ‘Decision on the Confirmation on Charges’”. ICC-02/05-02/09. 15 March 2010

Caso Al Hassan

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohammed Ag Mahmoud*. “Decision on the Evidence Disclosure Protocol and Other Related Matters”. ICC-01/12-01/18. 16 May 2018

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohammed Ag Mahmoud*. “Decision on the Prosecution Motion for Authorization to File an Anonymous Summary Concerning Witness MLI-OTP-P-P0113”. ICC-01/12-01/18. 27 September 2018

Caso Al Mahdi

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. “Decision on Issues Related to Disclosure and Exceptions thereto”. ICC-01/12-01/15. 30 September 2015

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Al Faqi Mahdi*. “Decision on the Prosecutor’s Requests for Redactions”. ICC-01/12-01/15. 8 December 2015

Caso Banda

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “First Decision on the Prosecutor’s Request for Redactions”. ICC-02/05-03/09. 29 July 2010

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Corrigendum on the “Decision on the confirmation of Charges”. ICC-02/05-03/09. 7 March 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Decision on Article 54 (3) (e) documents. ICC-02/05-03/09. 23 November 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Decision on the Defence Request for a Temporary Stay of Proceedings”. ICC-02/05-03/09. 26 October 2012

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Decision on the Defence’s Request for Disclosure of Documents in the Possession of the Office of the Prosecutor”. ICC-02/05-03/09. 23 January 2013

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. “Judgment on the appeal of Mr. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus against the decision of Trial Chamber IV of 23 January 2013 entitled ‘Decision on the Defense’s request for Disclosure of Documents in the Possession of the Office of the Prosecutor’”. ICC-02/05-03/09 OA 4. 28 August 2013

Caso Bemba

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “PUBLIC REDACTED VERSION OF ICC-01/05-01/08-48-US-Exp Decision Concerning the Prosecutor’s Proposals for Redactions”. ICC-01/05-01/08. 23 July 2008

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the parties”. ICC-01/05-01/08. 31 July 2008

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber III’s Decision on Disclosure”. ICC-01/05-01/08. 25 August 2008

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “PUBLIC REDACTED VERSION OF ICC-01/05-01/08-135-Conf Second Decision on the Prosecutor’s Request for Redactions”. ICC-01/05-01/08. 1 October 2008

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean Pierre-Bemba Gombo*. “PUBLIC REDACTED VERSION OF ICC-01/05-01/08-215-Conf Third Decision on the Prosecutor’s Requests for Redactions and Related Request for the Regulation of Contacts of Jean-Pierre Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08. 6 November 2008

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Judgement on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III entitled ‘Decision on application for interim release’”. ICC-01/05-01/08-323. 16 December 2008

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rule 81 (2) of the Rules of Procedure and Evidence”. ICC-01/05-01/13. 15 January 2014

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidelé Babala Wandu and Narcisse Arido*. “Decision on the ‘Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rules 81 (2) and 81 (4) of the Rules of Procedure and Evidence’. Dated 6 June 2014”. ICC-01/05-01/13. 17 June 2014

Caso Gaddafi

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*. “Decision on the Prosecution’s Request for Redactions pursuant to Rule 81 (2)”. ICC-01/11-01/11. 16 August 2013

Caso Gbagbo and Blé Goudé

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. “Judgment on the Appeal of Mr. Laurent Gbagbo against the Oral Decision on Redactions of 29 November 2006”. ICC-02/11-01/15. 31 July 2017

Caso Katanga

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’”. ICC-01/04-01/07 (OA). 13 May 2008

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. “Sixth Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact the Interviews Transcripts of Witness 238”. ICC-01/04-01/07. 21 April 2008

Caso Kenyatta

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*. “Decision on the Confidential Redacted Version of the Article 58 Application”. ICC-01/09-02/11. 22 July 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Defence Requests for Leave to Resubmit or Add Evidence and Related Matters. ICC-01/09-02/11. 15 September 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Protocol Establishing a Redaction Regime”. ICC-01/09-02/11. 27 September 2012

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on Second Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities, 8 January 2013, ICC-01/09-02/11-593-Conf-Exp”. ICC-01/09-02/11. 3 February 2017

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Prosecution’s Application for Relief pursuant to Decision 451, Rule 81 (2) and Regulation 35, 9 January 2013, ICC-01/09-02/11-595-Conf”. ICC-01/09-02/11. 3 February 2017

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Prosecution’s First Request for Authorisation of Redactions, 13 December 2012, ICC-01/09-02/11-569-Conf”. ICC-01/09-02/11. 3 February 2017

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*. “Decision on the Prosecution’s First Request for The Authorisation of Redactions, 13 December 2012, ICC-01/09-02/11-569-Conf”. ICC-01/09-02/11. 3 February 2017

Caso Lubanga

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable. ICC-01/04-01/06. 15 May 2006

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence”. ICC-01/04-01/06. 19 May 2006

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request and Amended Requests for Redactions under Rule 81’”. ICC-01/04-01/06 (OA 5). 14 December 2006

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. “Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled ‘Decision on the Prosecution’s Urgent Request for a Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with VWU’”. ICC-01/04-01/06-2582. 8 October 2010

Caso Mbarushimana

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on Matters Raised at the Status Conference of 14 February 2011”. ICC-01/04-01/10. 21 March 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on Issues Relating to Disclosure”. ICC-01/04-01/10. 30 March 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on the Prosecution’s Application for Redactions pursuant to Rule 81 (2) and Rule 81 (4)”. ICC-01/04-01/10. 20 May 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. “Decision on the Review of Potentially Privileged Material”. ICC-01/04-01/10. 15 June 2011

Caso Ongwen

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on Legal Representation, Appointment of Counsel for the Defence, Protective Measures and Time-limit for Submission of Observations on Applications a/0010/06, a/0064/06, to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06”. ICC-02/04-01/05. 1 February 2007

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters. ICC-02/04-01/15. 27 February 2015

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision Concerning the Redaction and Transmission of Documents to the Defence”. ICC-02/04-01/15. 15 April 2015

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on the ‘Prosecution’s Request to be Provided with Unredacted Copies of Victims’ Applications Submitted in the Situation in Uganda and the Case of the *Prosecutor v. Joseph Kony et al*’”. ICC-02/04-01/15. 29 July 2015

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on the Prosecutor’s Request for Authorisation of non-standard Redactions. ICC-02/04-01/15. 23 December 2015

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*. “Decision on the Prosecution’s Application under Article 53 (3) (f) to Apply Redactions to Documents Obtained under Article 54 (3) (e)”. ICC-02/04-01/15. 2 March 2016

Caso Ruto and Sang

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters”. ICC-01/09-01/11. 6 April 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on the ‘Defence Request for Disclosure of Article 67 (2) and Rule 77 Materials’”. ICC-01/09-01/11. 14 July 2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on Prosecution Application to Redact Investigator’s Identifying Information and to Vary the Redaction Protocol”. ICC-01/09-01/11. 21 December 2012

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Confidential Redacted Version of ‘Decision on First Prosecution Application for Delayed Disclosure of Witness Identities’”. ICC-01/09-01/11. 4 January 2013

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on the Prosecution’s Application for Authorisation to Maintain Certain Redactions”. ICC-01/09-01/11. 23 April 2013

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on Disclosure of Information related to Prosecution Intermediaries”. ICC-01/09-01/11. 4 September 2013

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Jespers v Belgium*. App. No. 8403/78, Comisión de reporte de 14 diciembre 1981, DR 27, para. 58.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Bulut v. Austria*. App. No. 17358/90. Sentencia de 22 de febrero de 1996

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Fretté v. Francia*. App. No. 36515/1997. Sentencia de 26 de marzo de 2002

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Dima v. Romania*. App. No. 58472/00. Sentencia de 11 de noviembre de 2006

Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL for RWANDA. *Prosecutor v Karemera et al.*, Trial Chamber III. ICTR-98-44-T. *Decision on motion for Disclosure of Medical Information and Extension of Time*. 28 August 2009

LEGISLACIÓN

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Asamblea de los Estados Partes. *Documentos oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer periodo de sesiones, Nueva York. ICC-ASP/1/3 y Corr. 1. Parte II. A. Reglas de Procedimiento y Prueba*. 10 de septiembre de 2002

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Asamblea de los Estados Partes. *Resolución ICC-ASP/4/Res.1*, por la que se aprueba el *Código de Conducta Profesional de los Abogados*. 2 de diciembre de 2005

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Magistrados de la Corte, Quinta sesión plenaria, La Haya, 17 – 28 de mayo de 2004. *Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional. ICC-BD/01-01-04. Reglamento de la Corte*. 26 de mayo de 2004.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Presidencia de la Corte Penal Internacional. *Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional. ICC-BD/03-01-06. Reglamento de la Secretaría*. 6 de marzo de 2006

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de Julio de 1998