

**Cour
Pénale
Internationale**



Corte Penal Internacional

**International
Criminal
Court**

Original: inglés

No.: **ICC-01/04-01/06 OA 11**
Fecha: **11 de julio de 2008**

SALA DE APELACIONES

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

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

Documento público

Sentencia

**relativa a la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra la decisión oral
de la Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008**

Decisión/Providencia/Sentencia que deberá notificarse, de conformidad con la norma 31 del Reglamento de la Corte, a:

Fiscalía

Sr. Luis Moreno-Ocampo, Fiscal
Sra. Fatou Bensouda, fiscal adjunta

Defensa

Sra. Catherine Mabilie
Sr. Jean-Marie Biju-Duval

**Asociación Internacional de Abogados
Criminalistas**

Sra. Virginia C. Lindsay

SECRETARÍA

Secretaria

Sra. Silvana Arbia

La Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional,

En la apelación presentada por el Sr. Thomas Lubanga Dyilo en virtud de la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 6 de marzo de 2008, titulada “Decisión relativa a la solicitud de la defensa de autorización para apelar de la decisión oral sobre expurgaciones y divulgación de 18 de enero de 2008” (ICC-01/04-01/06-1210),

Habiendo deliberado,

Por mayoría, con las disidencias parciales del magistrado Pikis y el magistrado Song,

Dicta la siguiente

SENTENCIA

Se confirma la decisión de la Sala de Primera Instancia, salvo en cuanto determina que el Fiscal no tiene la obligación de comunicar los materiales que se refieren al uso general de niños soldados en la República Democrática del Congo, en cuya parte se revoca.

FUNDAMENTOS

I. COMPROBACIONES FUNDAMENTALES

1. El acusado está plenamente facultado para ejercer el derecho a guardar silencio, con arreglo a lo previsto en el apartado g) del párrafo 1 del artículo 67 del Estatuto. Además, la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008 (en adelante: “la Decisión impugnada”) no debe leerse en el sentido de presionar al acusado para que preste declaración o plantee defensas en una etapa temprana como condición para obtener divulgación de la Fiscalía.

2. En la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la expresión “pertinentes para la preparación de la defensa” debe entenderse como referida a todos los objetos que sean pertinentes para la preparación de la defensa.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

3. La Decisión impugnada fue motivada por seis presentaciones del Fiscal relativas a la divulgación por el Fiscal de información al Sr. Lubanga Dyilo (en adelante: “el Apelante”) antes del comienzo de su juicio. Las presentaciones del Fiscal contenían fundamentalmente solicitudes a la Sala de Primera Instancia de autorización para la divulgación de información con expurgaciones, de autorización para dejar sin efecto expurgaciones anteriormente otorgadas y de autorización para la divulgación de resúmenes de documentos en lugar de divulgarlos en su totalidad. La Decisión impugnada comprende una parte pública (véase ICC-01/04-01/06-T-71-Eng), y una parte que fue dictada en una audiencia celebrada a puerta cerrada, en la que sólo participó el Fiscal (véase ICC-01/04-01/06-T-72-Conf-Exp). Las referencias contenidas en la presente sentencia sólo se relacionan con la parte pública de la Decisión impugnada.

4. El 28 de enero de 2008, el Apelante presentó la petición de la Defensa solicitando autorización para presentar apelación contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I dictada el 18 de enero de 2008 (*regla 155 del Reglamento de Procedimiento y Prueba*) (ICC-01/04-01/06-1134; en adelante: “la Solicitud de autorización para apelar”), en la cual solicitó autorización para apelar con respecto a tres cuestiones supuestamente planteadas por la Decisión impugnada. El Fiscal respondió a la Solicitud de autorización para apelar en la respuesta de la Fiscalía a la petición de la Defensa solicitando autorización para presentar apelación contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I dictada el 18 de enero de 2008, de 1 de febrero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1153; en adelante: “la Respuesta a la Solicitud de autorización para apelar”).

5. El 6 de marzo de 2008, la Sala de Primera Instancia dictó la decisión sobre la petición de la Defensa solicitando autorización para presentar apelación contra la decisión oral sobre expurgaciones y divulgación de 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1210; en adelante: “la Decisión por la que se otorgó autorización para apelar”), en la cual otorgó autorización para apelar con respecto a tres cuestiones. El 14 de marzo de 2008 se registró una corrección de dicha decisión (ICC-01/04-01/06-1224).

6. El 17 de marzo de 2008, el Apelante presentó la apelación de la Defensa contra la decisión sobre expurgaciones y divulgación dictada oralmente el 18 de enero de 2008” (ICC-01/04-01/06-1227; en adelante: “el Documento justificativo de la apelación”). El 28 de marzo de 2008 se presentó la respuesta de la Fiscalía al Documento justificativo de la apelación de la Defensa contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I dictada el 18 de marzo de 2008 (ICC-01/04-01/06-1243; en adelante: “la Respuesta al Documento justificativo de la apelación”).

7. El 10 de abril de 2008, la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas presentó una solicitud de autorización para presentar en nombre de dicha Asociación una propuesta de observaciones amicus curiae en virtud de la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (ICC-01/04-01/06-1273; en adelante: “la Solicitud de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas”), en la que solicitaba que el anexo A de la Solicitud de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas (ICC-01/04-01/06-1273-AnxA; en adelante: “las Observaciones”) fuera aceptado como observaciones en virtud de la subregla 1 de la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

8. Después de haber dado al Apelante y al Fiscal la oportunidad de responder a la Solicitud de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas (ICC-01/04-01/06-1282) y de haber considerado esas respuestas (ICC-01/04-01/06-1276 e ICC-01/04-01/06-1284, respectivamente), la Sala de Apelaciones decidió el 22 de abril de 2008 aceptar las observaciones (ICC-01/04-01/06-1289). El Apelante y el Fiscal indicaron que no deseaban formular comentarios sobre la sustancia de las observaciones de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas¹.

9. También el 22 de abril de 2008, la Sala de Apelaciones dictó la decisión sobre la solicitud del Sr. Thomas Lubanga Dyilo de que se dé efecto suspensivo a su apelación contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1290; en adelante: “la Decisión sobre el efecto suspensivo”), en la cual rechazó la solicitud fundada en la subregla 5 de la regla 156 de las Reglas

¹ Véanse las observaciones de la Defensa de 29 de abril de 2008 relativas a la propuesta de presentación amicus curiae de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas en virtud de la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Anexo A), de fecha 10 de abril de 2008 (ICC-01/04-01/06-1298), párr. 5; y la respuesta de la Fiscalía de 18 de abril de 2008 a la solicitud de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas de autorización para presentar una propuesta de observaciones amicus curiae en virtud de la regla 103 (ICC-01/04-01/06-1284), párr. 12.

de Procedimiento y Prueba, que el Apelante había formulado en su Documento justificativo de la apelación.

III. APELABILIDAD DE LA DECISIÓN IMPUGNADA CON RESPECTO A LAS DOS PRIMERAS CUESTIONES CERTIFICADAS A LOS EFECTOS DE LA APELACIÓN

10. En la presente apelación, la Sala de Primera Instancia otorgó la autorización para apelar en relación con las tres cuestiones siguientes: “si una divulgación innecesaria e injustificadamente tardía por la Defensa puede adecuadamente tener incidencia en la divulgación a cargo de la Fiscalía” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 14)²; “si la Sala incurrió en error al dar preferencia a la protección de los testigos de la defensa frente el derecho de la Defensa a conocer la identidad de dichos testigos y al concluir que esa preferencia no iría en detrimento de la justicia del juicio” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, página 6); y si la conclusión de la Sala de Primera Instancia según la cual “la Fiscalía no tiene la obligación de “presentar materiales que se refieran [al] uso general de niños soldados” [en la República Democrática del Congo (en adelante: “la RDC”)] porque no constituyen materiales eximentes contraviene la regla 77 de las Reglas [de Procedimiento y Prueba]” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 21).

11. Por las razones que se exponen *infra*, la Sala de Apelaciones concluye, por mayoría, que las tres cuestiones están adecuadamente ante la Sala de Apelaciones. El magistrado Song no está de acuerdo en que las dos primeras cuestiones estén adecuadamente ante la Sala de Apelaciones, por las razones que expone en su opinión separada, que se anexa al final de la presente sentencia.

12. La Sala de Primera Instancia dijo que las cuestiones primera y segunda están “indisolublemente vinculadas” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 15). La Sala de Apelaciones concuerda con esa apreciación, señalando que, mientras que la primera cuestión se refiere generalmente a la medida en que una

² En la corrección a la decisión por la que se otorga autorización para apelar, el pasaje pertinente tiene el texto siguiente: “Si la Sala incurrió en error al dar preferencia a la protección de los testigos de la Fiscalía frente al derecho de la defensa a conocer la identidad de dichos testigos y al concluir que esa preferencia no iría en detrimento de la posibilidad de que el juicio sea justo”.

divulgación innecesaria e injustificadamente tardía de defensas o cuestiones por la defensa puede afectar a la divulgación a cargo de la Fiscalía, la Segunda cuestión considera esa misma cuestión en el contexto más específico de si la divulgación por la Fiscalía de la identidad de los testigos de cargo puede verse afectada por la tardanza en la divulgación de los argumentos de la Defensa. En consecuencia, la Sala de Apelaciones considera que las cuestiones primera y segunda están vinculadas.

13. En la Decisión impugnada, la Sala de Primera Instancia dijo lo siguiente:

la Defensa declinó una invitación de la Sala a que expusiera las defensas que el acusado probablemente haría valer, junto con las cuestiones que se preveía incluir en la argumentación. En esta etapa su posición consiste en invocar el derecho a guardar silencio, para lo cual indudablemente está facultada. Sin embargo, las decisiones no razonables que tome la Defensa en el sentido de hacer una divulgación tardía pueden tener un efecto en las determinaciones de la Sala acerca de lo que constituye un juicio justo. Por ejemplo, habida cuenta de la necesidad de proteger a los testigos y otras personas que hayan proporcionado información a la Corte, si se pone a la Sala – permítanme comenzar nuevamente esta parte – si se pone a la Sala en una posición en una etapa avanzada del procedimiento, sin justificación adecuada, de que se le pida que ordene la divulgación de testigos de descargo cuando en ese momento es imposible asegurarles la protección necesaria, existe la posibilidad de que la Corte concluya que la continuación del juicio es justa a pesar de la no revelación de sus identidades al acusado. Consiguientemente, si la Defensa identifica líneas de defensa o cuestiones en una etapa significativa e innecesariamente avanzada, ello puede tener consecuencias para las decisiones que se refieren a la divulgación al acusado. (ICC-01/04-01/06-T-71-ENG, pág. 9, líneas 4 a 21)

14. En su Decisión sobre el efecto suspensivo, la Sala de Apelaciones dijo que “la determinación de si las cuestiones planteadas para su consideración derivan de la Decisión impugnada de la Sala de Primera Instancia es un punto que la Sala abordará en su decisión definitiva sobre la presente apelación” (Decisión sobre el efecto suspensivo, párrafo 10).

15. La Sala de Primera Instancia consideró presentaciones específicas del Fiscal en el sentido de que “las dos primeras cuestiones respecto de las cuales la Defensa solicita autorización para apelar no derivan de la Decisión impugnada y que consiguientemente no debería otorgarse tal autorización respecto de ellas” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 4). Contando con el beneficio de esas presentaciones, la Sala de Primera Instancia determinó que debía otorgarse la autorización (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafos 15 y

20). Al hacerlo, la Sala de Primera Instancia indicó implícitamente su creencia de que las cuestiones derivaban de la Decisión impugnada y que se trataba de cuestiones que eran pertinentes para la manera en que la Sala de Primera Instancia podría tener la intención de actuar durante el procedimiento.

16. En relación con la primera cuestión, la Sala de Primera Instancia se refirió a la preocupación descrita en la parte pertinente de la Decisión impugnada como radicando en saber “si la Fiscalía tiene una obligación inflexible de divulgar materiales, independientemente de si la defensa ha actuado o no en forma no razonable al revelar aspectos pertinentes de la defensa o de las cuestiones que serían planteadas en una etapa avanzada del caso” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 12). Esa preocupación dio lugar en definitiva a la primera de las cuestiones respecto de las cuales se certificó la autorización para apelar (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafos 12 y 14). La Sala de Primera Instancia concluyó entonces que la primera cuestión consignada en el párrafo 10, *supra*, “podría afectar significativamente el justo y expedito desarrollo del procedimiento, y el resultado del juicio, y además una inmediata resolución de esta cuestión por la Sala de Apelaciones podría hacer avanzar materialmente el procedimiento” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 14).

17. Debe considerarse que la Segunda cuestión y la primera están “indisolublemente vinculadas” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 15). La Sala de Primera Instancia concluyó que “[a]unque la Decisión impugnada no prevé la no divulgación de la identidad de ningún testigo en particular, y si bien sigue siendo posible que la cuestión no pueda surgir para nada en el curso del procedimiento, ese aspecto de la decisión puede de todos modos tener una incidencia significativa en el juicio porque, si se aplicara a testigos determinados, podría tener consecuencias de gran importancia sobre el alcance de la divulgación o el derecho a juzgado [*sic*] sin demoras indebidas. Por consiguiente, el punto tiene que ver con la justicia del procedimiento y su expeditividad...” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 19).

18. Es significativo que la Sala de Primera Instancia haya concluido que las cuestiones primera y segunda se ajustan a los criterios en materia de cuestiones apelables fijados en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto al concluir

que cada una de ellas “podría afectar significativamente el justo y expedito desarrollo del procedimiento, y el resultado del juicio, y además una inmediata resolución de esta cuestión por la Sala de Apelaciones podría hacer avanzar materialmente el procedimiento”. La Sala de Apelaciones también opina que su anterior determinación de que “[u]na cuestión es un asunto o tema identificable cuya resolución requiere una decisión, y no un simple punto sobre el que existe un desacuerdo o una divergencia de opiniones”³, está en consonancia con la determinación de que las cuestiones primera y segunda planteadas para su consideración están correctamente ante la Sala.

19. Además de tomar conocimiento de las opiniones de la Sala de Primera Instancia en lo tocante a la apelabilidad de esas cuestiones, la Sala de Apelaciones también observa que dichas cuestiones, si no se las considera y coloca en su correcto contexto, podrían tener incidencia en el desarrollo del procedimiento. En particular, la Sala de Apelaciones considera que las partes de la Decisión impugnada reproducidas en el párrafo 13 *supra*, podrían dar la impresión de que el hecho de que la Defensa no revele sus medios de defensa en una etapa temprana podría determinar que posteriormente se le negara el acceso a pruebas eximentes, o a partes significativas de ellas, a las que de otra manera habría tenido derecho. Con ello, la Decisión impugnada podría crear una presión indirecta pero sostenida en el sentido de que la Defensa revelara medios de defensa a fin de asegurar una plena divulgación por parte de la Fiscalía. En consecuencia, las cuestiones primera y segunda están adecuadamente ante la Sala de Apelaciones.

20. La Sala de Apelaciones procederá, por consiguiente, a considerar el fondo de las cuestiones primera y segunda.

IV. FONDO DE LA APELACIÓN

A. La primera cuestión objeto de la apelación

21. La primera cuestión objeto de la apelación fue definida por la Sala de Primera Instancia en los siguientes términos: “si una divulgación innecesaria e injustificadamente tardía por la defensa puede adecuadamente tener incidencia en la

³ Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar (ICC-01/04-168), párr. 9.

divulgación a cargo de la Fiscalía” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 14).

1. *Parte pertinente de la decisión de la Sala de Primera Instancia*

22. La parte de la Decisión impugnada que es pertinente para esta cuestión objeto de la apelación es la misma que se ha reproducido en el párrafo 13 *supra*.

2. *Argumentos del Apelante*

23. El Apelante afirma que la Sala de Primera Instancia incurrió en error al determinar que la tardanza en la divulgación de las líneas de defensa “podría justificar la no divulgación parcial o completa de materiales eximentes por el Fiscal [a la defensa] sin menoscabar la justicia del juicio” (Documento justificativo de la apelación, párrafo 9) y que las obligaciones de divulgación del Fiscal no pueden estar condicionadas a ninguna acción anterior por parte de la defensa (Documento justificativo de la apelación, párrafo 16). El Apelante subraya que, en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 del Estatuto, el Fiscal tiene la obligación de investigar tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes y que una de las razones en que se basa esta obligación es que la defensa no tiene los mismos recursos que el Fiscal (Documento justificativo de la apelación, párrafo 11). El Apelante afirma que la obligación que incumbe al Fiscal con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 fortalece las obligaciones de divulgación del Fiscal. Haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante: “el TPIY”) y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (en adelante: “el TPIR”), el Apelante argumenta que sólo incumbe al Fiscal la carga de identificar los materiales que han de divulgarse a la defensa y que tanto en el TPIY como en el TPIR la Sala de Apelaciones ha interpretado ampliamente las obligaciones de divulgación de la Fiscalía, aun cuando en el TPIY y en el TPIR la Fiscalía no está obligada a investigar las circunstancias eximentes (Documento justificativo de la apelación, párrafo 15). El Apelante también se refiere a una decisión de la Sala de Primera Instancia de 9 de noviembre de 2007, que consideró las consecuencias de la no divulgación por el Fiscal de materiales eximentes (Documento justificativo de la apelación, párrafos 13 y 14).

24. El Apelante afirma además que tiene un derecho absoluto a guardar silencio (apartado g) del párrafo 1 del artículo 67 del Estatuto) y que el “ejercicio de ese derecho no puede ser tenido en cuenta por la Sala, ni para restringir las obligaciones que incumben al Fiscal ni para limitar los derechos de los acusados” con arreglo al Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba (Documento justificativo de la apelación, párrafo 17). El Apelante afirma que, “[a]l considerar que la tardanza en la divulgación por el acusado de sus líneas de defensa puede ser una razón para infringir una de las garantías esenciales de un juicio justo, la Sala presupone una obligación de divulgación por parte de los acusados, y esto afecta directamente al ejercicio de su derecho a guardar silencio” (Documento justificativo de la apelación, párrafo 18). El Apelante hace hincapié en que ninguno de los instrumentos jurídicos de la Corte pone a cargo de la defensa una obligación de divulgación y que no se puede violar una obligación no existente (Documento justificativo de la apelación, párrafo 19).

3. *Argumentos del Fiscal*

25. El Fiscal se opone a los argumentos formulados por el Apelante con respecto a la primera cuestión objeto de la apelación. Afirma que el Apelante ha interpretado mal y caracterizado erróneamente la Decisión impugnada, que, en opinión del Fiscal, no impuso a la defensa ninguna obligación de divulgación, sino que simplemente reconoció que si la defensa divulgara sus líneas de defensa en una etapa avanzada del juicio, “ello afectaría necesariamente a la posibilidad de la Fiscalía de identificar y revelar esa información de manera oportuna, y ello puede a su vez ser tenido en cuenta por la Sala al evaluar la incidencia en la justicia del juicio” (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 14, nota de pie de página omitida). El Fiscal controvierte el argumento del Apelante según el cual el apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 del Estatuto tendría incidencia en la obligación del Fiscal de divulgar materiales eximentes en virtud del párrafo 2 del artículo 67 del Estatuto y afirma que las dos disposiciones se refieren a funciones separadas e independientes del Fiscal (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafos 15 y 16). El Fiscal subraya que la Decisión impugnada no sugirió que la obligación del Fiscal de divulgar información a la defensa estuviera subordinada a acciones de la defensa, y que el Fiscal seguirá examinando y analizando los materiales que tiene en su poder; en opinión del Fiscal, la Decisión impugnada sólo pone de relieve que el Fiscal puede

llevar a cabo su examen sólo sobre la base de los argumentos del Fiscal, su mejor comprensión de los argumentos de la defensa y las principales hipótesis eximentes que pueda razonablemente identificar anticipadamente. En opinión del Fiscal, la Decisión impugnada no alivió sus obligaciones de divulgación, sino que reconoce que la falta de comunicación de la defensa al Fiscal puede tener, en términos prácticos, consecuencias perjudiciales (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafos 17 a 19).

26. El Fiscal afirma además que los argumentos del Apelante acerca de su derecho a guardar silencio están fuera de lugar. El Fiscal subraya que la Decisión impugnada no se refirió a ese derecho para nada, ni extrajo, en derecho, ninguna inferencia negativa del hecho de que la defensa no divulgara sus líneas de defensa. En opinión del Fiscal, la Decisión impugnada meramente dijo que la decisión de la defensa de no participar activamente en el proceso de divulgación podía tener determinadas consecuencias prácticas (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 20).

4. *Determinación de la Sala de Apelaciones*

27. Habida cuenta de que las cuestiones primera y segunda están “indisolublemente vinculadas”, la determinación de la Sala de Apelaciones acerca de esta primera cuestión se expone junto con la determinación acerca de la Segunda cuestión en los párrafos 34 a 55 *infra*.

B. La Segunda cuestión objeto de la apelación

28. La Segunda cuestión objeto de la apelación fue definida por la Sala de Primera Instancia en la forma siguiente: “si la Sala incurrió en error al dar preferencia a la protección de los testigos de la defensa frente el derecho de la Defensa a conocer la identidad de dichos testigos y al concluir que esa preferencia no iría en detrimento de la justicia del juicio”⁴ (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, página 6).

⁴ En la corrección a la decisión por la que se otorga autorización para apelar, el pasaje pertinente tiene el texto siguiente: “Si la Sala incurrió en error al dar preferencia a la protección de los testigos de la Fiscalía frente al derecho de la Defensa a conocer la identidad de dichos testigos y al concluir que esa preferencia no iría en detrimento de la posibilidad de que el juicio sea justo”.

1. *Parte pertinente de la decisión de la Sala de Primera Instancia*

29. La parte de la Decisión impugnada que es pertinente para esta cuestión objeto de la apelación es la que se reprodujo en el párrafo 13 *supra*, y en particular las referencias que en ella se hacen a la necesidad de proteger a los testigos.

2. *Argumentos del Apelante*

30. El Apelante afirma que la Sala de Primera Instancia incurrió en error al concluir que sus derechos pueden ser restringidos por medidas de protección de los testigos y que la no divulgación de la identidad de un testigo impide que la defensa utilice eficazmente la información divulgada por el Fiscal. Hace hincapié en que el Fiscal no se propone citar como testigos en el juicio a las personas que formularon las declaraciones (Documento justificativo de la apelación, párrafos 20 y 21). El Apelante hace hincapié en que el derecho de las personas acusadas a la divulgación de los materiales eximentes es un derecho fundamental y que la Sala de Primera Instancia no puede dar precedencia a la protección de los testigos respecto de ese derecho (Documento justificativo de la apelación, párrafos 22 y 23). Además señala a la atención de la Sala de Apelaciones la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIR, que ha determinado que las medidas de protección no eximen a la Fiscalía de las obligaciones de divulgación, y cuestiona el supuesto de que la divulgación a la defensa de identidades de posibles testigos de descargo pueda poner en riesgo a dichos testigos (Documento justificativo de la apelación, párrafos 24 y 25). El Apelante afirma que, para que la divulgación del Fiscal a la defensa sea útil, debe divulgarse toda la información pertinente y no sólo resúmenes de ella, así como las identidades de los testigos, y se refiere a la jurisprudencia del TPIY y el TPIR según la cual la divulgación debe permitir que la defensa utilice eficazmente la información, y la identidad de un testigo está indisolublemente vinculada con la sustancia de la información divulgada (Documento justificativo de la apelación, párrafos 26 a 31).

3. *Argumentos del Fiscal*

31. El Fiscal se opone a los argumentos del Apelante con respecto a la Segunda cuestión objeto de la apelación y afirma que el Apelante no identificó ningún error de derecho (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 22). El Fiscal

hace hincapié en que la cuestión surgió “de una manera muy contingente y circunscrita” y meramente previó que si la determinación de que cierta información sería eximente se hiciera en una etapa avanzada del procedimiento como resultado de la decisión de la defensa, sin justificación alguna, de no indicar sus líneas de defensa en un momento anterior, y si en esa etapa avanzada del procedimiento no resultara posible brindar una protección adecuada a los testigos, el juicio podría de todos modos ser justo, aun cuando la información eximente se divulgara sin revelar las identidades de los testigos (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 21). El Fiscal argumenta que la Decisión impugnada se basa en el supuesto de que cuando se divulguen pruebas potencialmente eximentes, por lo general se divulgarán las identidades de los testigos pertinentes, pero “que ello no excluye la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, se pueda reservar la identidad de determinado individuo sin comprometer la justicia del juicio” (nota de pie de página omitida), y que, a ese respecto, tendría que tomarse una decisión caso por caso (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 23). El Fiscal subraya que, en la Decisión impugnada, la Sala de Primera Instancia no autorizó la no divulgación de la identidad de ninguna persona cuya declaración contuviese materiales eximentes y que, por consiguiente, la apelación es prematura (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 24).

32. El Fiscal afirma que la apelación sólo podría tener éxito a este respecto si “la Sala de Primera Instancia nunca pudiese tener la atribución de autorizar la no divulgación de la identidad de un individuo cuya declaración contuviese un elemento que pudiese ser potencialmente eximente, independientemente de las circunstancias; o ... que nunca sería razonable que una Sala de Primera Instancia determinase que podría mantenerse un juicio justo si dicha identidad no se divulgara, también independientemente de las circunstancias” (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 24, nota de pie de página omitida). El Fiscal argumenta que el párrafo 2 del artículo 67 del Estatuto y la regla 83 de las Reglas de Procedimiento y Prueba otorgan expresamente a la Sala de Primera Instancia la atribución de supervisar la divulgación de materiales potencialmente eximentes y que la evaluación de la justicia de un juicio sólo puede hacerse caso por caso, teniendo en cuenta varios factores diferentes, entre ellos, si hay otros medios de mantener la justicia del juicio, y señala a la atención de la Sala de Apelaciones la jurisprudencia del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafos 25 a 28). El Fiscal subraya la obligación de la Corte de proteger a los testigos en virtud del párrafo 1 del artículo 68 del Estatuto, y destaca que en ninguna parte de la Decisión impugnada se indica que la Sala de Primera Instancia contemplara la posibilidad de no revelar las identidades de testigos en circunstancias en que ello fuera incompatible con un juicio justo (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 27).

33. El Fiscal es de opinión que el mantenimiento de la justicia y la expeditividad del procedimiento requiere “cierto grado de compromiso de todas las partes y los participantes” y que si “la conducta de una parte, “sin ninguna justificación apropiada”, ha determinado una situación en la cual no se puede otorgar a un testigo la protección necesaria, entonces ... puede ser apropiado algún elemento de equilibrio de derechos e intereses” (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 29; notas de pie de página omitidas). El Fiscal afirma que en tales situaciones la Sala de Primera Instancia debe tener “un pequeño grado de flexibilidad... para tener en cuenta circunstancias excepcionales” (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 30).

4. *Determinación de la Sala de Apelaciones*

a) **Interpretación de la Decisión impugnada**

34. La Sala de Apelaciones considera importante aclarar su comprensión del pasaje de la Decisión impugnada a que se refieren las cuestiones primera y segunda, que se expuso en el párrafo 13 *supra*. Al hacerlo, la Sala de Apelaciones ha tenido en cuenta el siguiente pasaje de la Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, que indica la opinión de la Sala de Primera Instancia de que la Decisión impugnada no impone en relación con la Defensa obligaciones de divulgación que sean extrañas a las previstas en el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba:

9. En su solicitud [de autorización para apelar], la defensa afirma que la Decisión impugnada socava los derechos el acusado a un juicio justo si él decide no divulgar antes del juicio su defensa o las cuestiones que se plantearán, en todo o en parte, y que la Sala ha impuesto a la defensa una carga de divulgación que sólo incumbe a la Fiscalía. La defensa afirma además que sólo la Fiscalía puede identificar los materiales que tiendan a eximir, o ayudar, al acusado.

10. La defensa basa su argumento principalmente en el siguiente pasaje de la decisión de la Sala:

[...] si la defensa identifica líneas de defensa o cuestiones en una etapa significativa e innecesariamente avanzada, ello puede tener consecuencias respecto de las decisiones que se relacionan con la divulgación al acusado.

11. La Fiscalía afirma en su respuesta que la defensa ha entendido mal la decisión de la Sala, pues en ella no se ha impuesto a la defensa una carga de divulgación ni se ha invertido la carga que al respecto incumbía a la Fiscalía. La Fiscalía argumenta que la decisión de la Sala no hace más que reconocer la evidente realidad de que la Fiscalía sólo puede cumplir su obligación de divulgación de materiales eximentes sobre la base de su mejor comprensión de la posible argumentación de la defensa y de las cuestiones que se planteen en el juicio, y que una (tardía) revelación de los argumentos de la Defensa y las cuestiones que se planteen en el juicio, que la Fiscalía no haya podido razonablemente prever, puede tener incidencia en el proceso de divulgación.

12. En opinión de la Sala, la defensa parece haber interpretado mal el efecto de la decisión oral. La Sala no ha impuesto al acusado un deber de divulgación en el sentido sugerido. En cambio, la Sala consideró las consecuencias prácticas para la divulgación por parte de la Fiscalía en caso de que el acusado revele, en una etapa innecesaria e injustificablemente avanzada del procedimiento, que determinados materiales son potencialmente eximentes, y especialmente si deben ponerse en práctica determinados arreglos (que pueden insumir muchas semanas) para la protección de individuos a fin de llevar a cabo el servicio... [notas de pie de página omitidas].

35. La Sala de Apelaciones entiende que las expresiones pertinentes de la Decisión impugnada se limitan a la cuestión específicamente delimitada de la situación que se plantearía *si* la Defensa optase por revelar una línea de defensa o una cuestión “en una etapa innecesaria e injustificablemente avanzada del procedimiento”. Esa limitada situación no compromete ni infringe directamente el derecho de un acusado a guardar silencio – evaluación que resulta corroborada por la expresa observación contenida en la Decisión impugnada según la cual el acusado está indudablemente facultado para fundarse en el derecho a guardar silencio (pág. 9, líneas 6 y 7).

36. La Sala de Apelaciones tampoco interpreta a la Decisión impugnada en el sentido de haber vinculado la revelación de medios de defensa al derecho a obtener de la Fiscalía una plena divulgación, y no debería considerarse que la Decisión impugnada tiene tal efecto. En cambio, la Sala de Apelaciones interpreta a la Decisión impugnada como relacionada con circunstancias muy precisas: a saber, las circunstancias en las cuales una línea de defensa o una cuestión voluntariamente

revelada “en una etapa innecesaria e injustificablemente avanzada del procedimiento” fuera de tal índole que el Fiscal no hubiese podido razonablemente preverla; de tal modo, la decisión de la Defensa de revelar esa línea de defensa o esa cuestión haría surgir la necesidad de una divulgación adicional por parte de la Fiscalía. En las exposiciones del Apelante se señala que “el Fiscal tiene el deber de evaluar la naturaleza de los materiales que tiene en su poder y, en particular, su carácter eximente” (Documento justificativo de la apelación, párrafo 13). En las exposiciones del Fiscal se considera detenidamente ese deber y se señala que “la decisión meramente pone de relieve que la Fiscalía sólo puede cumplir los deberes que le impone el párrafo 2 del artículo 67 sobre la base de su propia argumentación, de su mejor comprensión de los argumentos de la Defensa y de las principales hipótesis eximentes que puedan razonablemente identificarse anticipadamente; y que la oportuna presentación por parte de la Defensa de los parámetros de información que considere de carácter eximente o las líneas de defensa que se proponga emplear evidentemente ayudarán a la Fiscalía y fortalecerán el proceso de divulgación” (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 18). La Sala de Apelaciones observa que el deber ordinariamente irrestricto del Fiscal de divulgar tiene que basarse necesariamente, entre otras cosas, en la comprensión que tenga el Fiscal del caso en su conjunto, inclusive lo que se sepa o se prevea acerca de la(s) posible(s) defensa(s). El hecho de que el Fiscal esté obligado a investigar “tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes”, en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 del Estatuto, significa que el Fiscal tendrá conocimiento, durante el curso de sus investigaciones, de materiales que pueden servir de ayuda a la defensa.

37. Por consiguiente, la Sala de Apelaciones considera que el efecto práctico de la Decisión impugnada estuvo centrado en la necesidad de proporcionar materiales eximentes *adicionales*, en circunstancias en que el hecho de que ciertos materiales que estuviesen en poder o bajo el control del Fiscal tuviesen carácter eximente sólo se hubiera advertido como resultado de algo que la Defensa hubiese divulgado.

38. Por consiguiente, la cuestión esencial que plantean las cuestiones primera y segunda radica en determinar si, *en caso de que* la Defensa de manera *no razonable e injustificada* hiciera una tardía divulgación de una línea de defensa o una cuestión de

manera tal que hiciera *imposible* asegurar la necesaria protección de los testigos de descargo, ello podría afectar a la posibilidad de que la Defensa obtuviera todos los restantes materiales eximentes relacionados con el caso y si el acusado podría seguir obteniendo un juicio justo sin esa plena divulgación.

39. Habida cuenta de que esta cuestión se plantea a la vez hipotéticamente y en abstracto, la Sala de Apelaciones no puede darle una respuesta definitiva en el contexto de la actual apelación y en ausencia de hechos específicos. Las observaciones que formula a continuación sobre esta cuestión en particular deben interpretarse a la luz de lo que antecede.

40. Sin embargo, habida cuenta de la impresión que el Apelante parece haberse formado de la Decisión impugnada, la Sala de Apelaciones considera importante poner de relieve los puntos siguientes.

i) El derecho de los acusados a guardar silencio

41. El apartado g) del párrafo 1 del artículo 67 del Estatuto dispone lo siguiente:

1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: ...

g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; ...

42. Sobre esa base, puede afirmarse que el acusado tiene derecho a guardar silencio y está facultado para ejercer ese derecho sin que el silencio se tenga en cuenta a los efectos de determinar la culpabilidad o la inocencia.

43. La propia Sala de Primera Instancia reconoció expresamente el derecho de los acusados a guardar silencio cuando observó en la Decisión impugnada que la posición del acusado “es que se basa en el derecho a guardar silencio, que *indudablemente le corresponde*” (Decisión impugnada, pág. 8, líneas 6 y 7; cursivas añadidas).

44. La Sala de Apelaciones no considera que la Decisión impugnada haya incidido en el ejercicio por el acusado de su derecho a guardar silencio. Los puntos que plantea la parte pertinente de la Decisión impugnada sólo podrían surgir en caso de que el

acusado optase voluntariamente por plantear una defensa o una cuestión en una etapa del procedimiento que fuese “innecesaria e injustificablemente avanzada”.

ii) La correlación entre las obligaciones de divulgación del Fiscal y la divulgación por parte de la defensa

45. Si bien en la presente sentencia la Sala de Apelaciones no pretende abordar de manera integral todo el régimen de divulgación, observa que el tenor del régimen de divulgación establecido por el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba es que el Fiscal está ordinariamente obligado a hacer una completa divulgación, salvo cuando una disposición específica permite restricciones a la divulgación⁵. Por ejemplo, con arreglo al apartado b) del párrafo 3 del artículo 61 del Estatuto, antes de la audiencia de confirmación de los cargos, se deberá informar a la Defensa de las pruebas que el Fiscal se proponga presentar en la audiencia. Se dan detalles adicionales acerca de la obligación de divulgación de la Fiscalía, entre otras normas, en las reglas 76, 81 y 121 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

46. Además, el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba no sólo ponen de relieve el deber del Fiscal de hacer ordinariamente una divulgación completa, pero también indican que el deber del Fiscal de divulgar información a la Defensa no está vinculado con una obligación de la Defensa de revelar su(s) defensa(s) anticipadamente. En el presente contexto, tienen particular importancia las disposiciones que se consignan a continuación.

47. El párrafo 2 del artículo 67 del Estatuto dispone lo siguiente:

Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá.

48. El párrafo 2 del artículo 67 opera en conjunción con la regla 83 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que dispone lo siguiente:

El Fiscal podrá pedir que se celebre a la mayor brevedad posible una vista ex parte en la Sala que conozca de la causa a fin de que ésta emita un dictamen de conformidad con el párrafo 2 del artículo 67.

⁵ Véase, por ejemplo, la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

49. La regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba estipula más detalladamente las obligaciones de divulgación del Fiscal, al disponer lo siguiente:

El Fiscal, con sujeción a las limitaciones previstas en el Estatuto y en las reglas 81 y 82, permitirá a la defensa inspeccionar los libros, documentos, fotografías u otros objetos tangibles que obren en su poder o estén bajo su control y que sean pertinentes para la preparación de la defensa o que él tenga el propósito de utilizar como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio o se hayan obtenido del acusado o le pertenezcan.

50. El párrafo 2 del artículo 67 y la regla 77 imponen al Fiscal obligaciones de divulgación. La Sala de Apelaciones señala que en esas disposiciones no se menciona ninguna obligación de la persona acusada de revelar anticipadamente sus medios de defensa para recibir una divulgación completa de la Fiscalía. La falta de toda correlación entre el derecho a recibir divulgación de la Fiscalía y cualesquiera obligaciones de divulgación de la Defensa es evidente, habida cuenta de que el Fiscal tiene el deber de hacer una divulgación completa aun cuando el acusado opte por guardar silencio o no formular una defensa. Además, análogamente, las disposiciones del Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba relativas a la divulgación por parte de la defensa, incluidas las reglas 78 y 79, no establecen una conexión entre la divulgación por parte de la defensa y el derecho a recibir de la Fiscalía una divulgación completa.

51. La Sala de Apelaciones observa que la Decisión impugnada no impone que el acusado revele su(s) defensa(s). El alcance preciso de las obligaciones de divulgación de la defensa no es el objeto de la presente apelación. Actualmente la Sala de Apelaciones sólo considera la medida en la cual la divulgación de los medios de defensa, en caso de hacerse, podría afectar a las obligaciones de divulgación del Fiscal o tener una conexión con ellas. En consecuencia, la Sala de Apelaciones estima que es innecesaria y está fuera del alcance de la presente apelación la consideración de la afirmación del Apelante de que no existe una obligación del acusado de divulgar sus defensas (Documento justificativo de la apelación, párrafo 19).

b) Observaciones adicionales de la Sala de Apelaciones

52. Al abordar la cuestión planteada para su resolución en la presente apelación, que se expuso en el párrafo 38 *supra*, la Sala de Apelaciones observa que el punto sólo se plantea en abstracto y que, por consiguiente, no puede hacer una determinación

absoluta en ausencia de una situación de hecho concreta. Así pues, las observaciones de la Sala deberían considerarse en este contexto y tratarse con la correspondiente cautela.

53. En caso de que surgiera una situación de hecho de la naturaleza descrita en el párrafo 38 *supra*, sería necesario determinarla cuidadosamente caso por caso. En ausencia de una situación de hecho de esa índole, la Sala de Apelaciones sólo puede comentar con carácter general que la expectativa ordinaria, según lo dispuesto en el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, es que la Defensa tendría derecho a recibir cualesquiera materiales adicionales que estuvieren en poder o control del Fiscal y que una línea de defensa hubiese revelado que tienen carácter eximente, independientemente de la etapa en que se plantease la defensa. El Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba no disponen expresamente que el alcance de la divulgación de la Fiscalía resulte alterado por la oportunidad y la naturaleza de la divulgación por parte de la defensa.

54. En abstracto, empero, la Sala de Apelaciones no está en condiciones de excluir categóricamente la posibilidad de que, en caso de que surgiese una situación de hecho en la cual pudiera demostrarse que la Defensa había retenido injustificablemente y de manera no razonable la revelación de una línea de defensa o una cuestión en circunstancias que hiciesen imposible que la Corte asegurara la protección de los testigos de descargo, pudiera concebirse la posibilidad de que el acusado tuviese un juicio justo a pesar de la no divulgación de determinados materiales limitados. Tal situación claramente no surge de la Decisión impugnada y por consiguiente no es objeto de consideración por la Sala de Apelaciones en la presente apelación. La Sala de Apelaciones no puede formular comentarios adicionales en ausencia de hechos específicos.

55. La Sala de Apelaciones concluye que, en relación con las cuestiones primera y segunda, la Defensa tiene derecho a una divulgación completa en relación con el caso en su conjunto tal como lo conoce el Fiscal (con sujeción al régimen estatutario relativo a las restricciones a la divulgación) y está plenamente facultada para ejercer el derecho a guardar silencio. La Decisión impugnada no debe leerse de manera de presionar al acusado para que preste declaración o plantee medios de defensa en una etapa temprana como condición para obtener la divulgación por parte de la Fiscalía. Si

la Decisión impugnada se entiende en el estrecho contexto expresado *supra*, la Sala de Apelaciones no encuentra ningún error de derecho identificable que deba ser objeto de corrección en la presente apelación.

C. La tercera cuestión objeto de la apelación

1. Parte pertinente de la decisión de la Sala de Primera Instancia

56. En la Decisión impugnada, la Sala de Primera Instancia determinó lo siguiente:

La Fiscalía no tiene la obligación de presentar materiales que se refieran al uso general de niños soldados en la RDC. (véase ICC-01/04-01/06-T-71-ENG, pág. 10, líneas 11 a 13; en adelante: “la Providencia relativa a la no divulgación”).

57. La Sala de Primera Instancia explicó los fundamentos de la providencia relativa la no divulgación en los términos siguientes:

Sólo es necesario expresar, adicionalmente, por vía de enfoque general, que la Sala no está persuadida, sobre la base de los materiales que tiene ante sí, de que las pruebas relativas al uso de niños soldados por otros individuos o grupos sean pertinentes para los cargos a que se enfrenta el acusado. Las pruebas que se produzcan a este respecto no socavarán la argumentación de la Fiscalía y sobre la base de lo que ha sido revelado por la Defensa (atendiendo a una invitación de la Sala a que se le prestara asistencia sobre esta cuestión), no apoyan ninguna defensa o línea de argumento en que haya de basarse el acusado. En otras palabras, no se ha demostrado que esta esfera de prueba se relacione con una cuestión vigente en el caso ni que haya de servir de asistencia para el acusado. El único argumento de la Defensa sobre este punto – que desea que se le proporcione el máximo de información sobre el fenómeno del uso de niños soldados en Ituri – no presta suficiente apoyo al argumento de que es necesario que la Fiscalía divulgue ese material. No se ha revelado nada que tienda a indicar que una investigación de dicho fenómeno ayudaría sustancialmente al Sr. Thomas Lubanga Dyilo. (Decisión impugnada, pág. 8, líneas 11 a 25, y pág. 9, líneas 1 a 3.)

58. Antes de dictar la Decisión impugnada, el Fiscal había divulgado al Apelante materiales que tenía en su poder en relación con el uso de niños soldados por grupos distintos de aquellos por los cuales supuestamente era responsable el Apelante. El 21 de diciembre de 2007, el Fiscal había presentado la solicitud de la Fiscalía de no divulgación de información sobre la base del apartado f) del párrafo 3 del artículo 54 (ICC-01/04-01/06-1102; en adelante: “la Solicitud de 21 de diciembre de 2007”), en la cual solicitaba que se le relevara de su obligación de divulgar al Apelante determinadas declaraciones de testigos. El Fiscal dijo que las declaraciones de testigos

contenían información que debía divulgarse en virtud del párrafo 2 del artículo 67 del Estatuto y la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, pero que la divulgación de las declaraciones pondría en peligro a los testigos (Solicitud de 21 de diciembre de 2007, párrafos 6 y 7). Por consiguiente, el Fiscal había divulgado al Apelante sólo extractos de las declaraciones de testigos, que contenían la información pertinente, pero no había revelado las identidades de los testigos (Solicitud de 21 de diciembre de 2007, párrafo 8). Se proporcionaron a la Sala de Primera Instancia los extractos que se habían divulgado al Apelante.

59. En a la reunión con las partes del 10 de enero de 2008, que precedió a la Decisión impugnada, el magistrado presidente de la Sala de Primera Instancia señaló que gran parte de la información contenida en los extractos se relacionaba con el uso general de niños soldados y preguntó al representante del Fiscal de qué manera podría esa información tener incidencia en la responsabilidad penal del Apelante. El representante del Fiscal explicó que, en su opinión, dicha información no era eximente, y que el Fiscal no aceptaba la defensa de *tu quoque*. Sin embargo, el Fiscal, luego de un intercambio de opiniones con la defensa del Apelante, había decidido divulgar la correspondiente información en virtud de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba como “pertinente para la preparación de la defensa” (véase ICC-01/04-01/06-T-69-ENG, pág. 58, línea 24, a pág. 60, línea 16). El representante del Fiscal confirmó que estaría dispuesto a admitir en el juicio que otros grupos armados de la RDC también habían estado usando niños soldados (véase ICC-01/04-01/06-T-69-ENG, pág. 62, línea 23, a pág. 63, línea 3).

60. El magistrado presidente también preguntó al representante de la defensa del Apelante cómo podría la información relativa al uso general de niños soldados ser pertinente a la preparación de la defensa. El magistrado presidente destacó que la defensa no tenía obligación de responder, pero que una respuesta ayudaría a la Sala de Primera Instancia a determinar si los materiales en cuestión debían divulgarse en virtud de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El representante de la defensa del Apelante explicó que, si bien dicha información no podría excluir la responsabilidad penal del Apelante,

[n]os parecía necesario para la preparación de la defensa poder inspeccionar la mayor cantidad de información atinente al fenómeno del uso de niños soldados

en Ituri durante este período. Antes de determinar una línea de defensa, es necesario comprender la situación, y nos parecía que esa información era útil para nosotros e incluso necesaria para que pudiéramos comprender la situación en Ituri en esa época, y es esa necesaria comprensión lo que nos hizo pedir esas pruebas al Fiscal, sobre la base de la regla 77. (Véase ICC-01/04-01/06-T-69-ENG, pág. 61, línea 18, a pág. 62, línea 22.)

61. En su respuesta a la Solicitud de 21 de diciembre de 2007, titulada “Respuesta de la Defensa a la “Solicitud de la Fiscalía de no divulgación de información sobre la base del apartado f) del párrafo 3 del artículo 54”,” de 10 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1112), el Apelante no expuso más detalladamente las razones por las cuales la información relativa al uso general de niños soldados era, en su opinión, necesaria para la preparación de su defensa; sin embargo, solicitó que se le divulgaran las declaraciones completas de los testigos, y no sólo extractos de dichas declaraciones.

2. *Argumentos del Apelante*

62. En los párrafos 32 y 33 del Documento justificativo de la apelación, el Apelante afirma que el Fiscal está obligado, en virtud de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, a divulgar los materiales que tenga en su poder en relación con el uso general de niños soldados en la RDC. El Apelante subraya que el Fiscal había divulgado voluntariamente esos materiales al Apelante hasta que la Sala de Primera Instancia dictó la Decisión impugnada. El Apelante afirma que la finalidad de la regla 77 es poner en conocimiento de la defensa todos los materiales que sean necesarios para su preparación y que ello puede comprender materiales que se requieran para la comprensión del contexto en que se habrían cometido los supuestos crímenes (Documento justificativo de la apelación, párrafo 34). El Apelante señala a la atención de la Sala de Apelaciones la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIR, que determinó que “la preparación es un concepto amplio y no requiere necesariamente que los materiales mismos contradigan las pruebas de la Fiscalía” (Documento justificativo de la apelación, párrafo 36). El Apelante argumenta que las obligaciones de divulgación del Fiscal deben interpretarse ampliamente a fin de lograr la igualdad de armas, porque el Apelante tiene menos recursos que la Fiscalía, y que sería injusto exigir que el Apelante gaste parte de sus escasos recursos para obtener información que el Fiscal ya haya reunido (Documento justificativo de la apelación, párrafos 36 y 42).

63. El Apelante afirma además que la información relativa al uso general de niños soldados en la RDC es pertinente para la preparación de la defensa porque es importante para comprender las circunstancias de los supuestos crímenes a fin de que la defensa lleve a cabo sus propias investigaciones (Documento justificativo de la apelación, párrafo 41). El Apelante hace hincapié en que la información que procura obtener podría ser útil para reunir información relativa, entre otras cosas, a las “causas directas e indirectas de la presencia de niños soldados en las fuerzas armadas,... las circunstancias de su participación, si la hubo, en las hostilidades, y... las políticas aplicadas para su desmovilización” (Documento justificativo de la apelación, párrafo 43).

3. *Argumentos del Fiscal*

64. En su Respuesta al Documento justificativo de la apelación, el Fiscal dice que no se opone a la apelación con respecto a la tercera cuestión (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafo 33). Subraya que esta cuestión objeto de la apelación sólo se relaciona con el alcance de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba y no con la cuestión de si el uso de niños soldados por grupos armados distintos de aquéllos por los cuales supuestamente era responsable el Apelante podía legítimamente ser planteado como defensa (Respuesta al Documento justificativo de la apelación, párrafos 31 y 32).

4. *Exposición de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas*

65. La Asociación Internacional de Abogados Criminalistas afirma que la Sala de Primera Instancia actuó *ultra vires* cuando intervino en la divulgación de materiales relativos al uso general de niños soldados en la RDC. La Asociación Internacional de Abogados Criminalistas afirma que en ausencia de peticiones escritas de una de las partes, ni la regla 134 de las Reglas de Procedimiento y Prueba ni los artículos 64 o 69 del Estatuto proporcionan una base jurídica para dictar providencias relativas a la preparación de la defensa. Se argumenta que, si bien la regla 134 autoriza a la Sala de Primera Instancia a “dirimir cualquier cuestión relativa a la sustanciación de la causa”, el término “la causa” no comprende la preparación de la defensa; análogamente, la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas afirma que los

artículos 64 y 69 del Estatuto no proporcionan una base jurídica para la Providencia relativa a la no divulgación, porque esas disposiciones sólo regulan las determinaciones de una Sala de Primera Instancia relativas a la admisibilidad de las pruebas (Observaciones, págs. 8 y 9). La Asociación Internacional de Abogados Criminalistas opina que la Sala de Primera Instancia “invad[ió] el dominio de confidencialidad y discrecionalidad que pertenece al abogado de la defensa” al declarar “terreno vedado para la defensa a la información que se refiere al tiempo y el lugar comprendidos en los cargos de los que se está defendiendo” (Observaciones, pág. 9). Se argumenta que la Sala de Primera Instancia confundió la pertinencia de las pruebas en el juicio con lo que podría ser necesario para la preparación de la defensa, pues esto último podría comprender información no pertinente para el juicio (Observaciones, pág. 9). La Asociación Internacional de Abogados Criminalistas recuerda que, con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 del Estatuto, incumbe al Fiscal la obligación de investigar “tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes” y divulgar a la defensa las pruebas eximentes (párrafo 2 del artículo 67 del Estatuto), y que la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba es una “parte importante del sistema integral de cooperación que es necesaria para lograr una mayor igualdad de armas de investigación” (Observaciones, pág. 10).

66. La Asociación Internacional de Abogados Criminalistas hace hincapié además en que la información relativa al uso general de niños soldados podría ser pertinente en la etapa de fijación de la pena, si la hubiera, y podría arrojar luz sobre el papel del Apelante “y su grado de responsabilidad en el contexto de Ituri”, y por consiguiente es pertinente para la preparación de la defensa (Observaciones, págs. 10 y 11).

67. La Asociación Internacional de Abogados Criminalistas afirma que la Decisión impugnada debería ser “revocada por ser *ultra vires* en cuanto se relaciona con la regla 77”, o, alternativamente, que

debería hacerse lugar a la apelación del equipo de defensa de Lubanga y que la decisión oral y las providencias públicas deberían devolverse a la Sala de Primera Instancia con instrucciones de otorgar un mayor grado de discrecionalidad a los abogados de la defensa para determinar si ciertos documentos tangibles en poder de la Fiscalía son pertinentes para la preparación de la defensa, incluida la plena consideración de cómo esos documentos pueden relacionarse con los preparativos de la argumentación de la defensa para una posible etapa de fijación de la pena. (Observaciones, pág. 12.)

5. *Determinación de la Sala de Apelaciones*

68. Por las razones expuestas a continuación, la Sala de Apelaciones concluye que la Sala de Primera Instancia incurrió en error de derecho cuando determinó que el Fiscal no tiene la obligación de presentar materiales relativos al uso general de niños soldados en la RDC.

a) **Fundamento jurídico de la Providencia relativa a la no divulgación**

69. La Asociación Internacional de Abogados Criminalistas afirma que la Sala de Primera Instancia dictó de oficio la providencia relativa a la no divulgación y que ni la regla 134 de las Reglas de Procedimiento y Prueba ni los artículos 64 o 69 del Estatuto proporcionan una base jurídica para dictar de oficio tal providencia. La Sala de Apelaciones no resulta persuadida por esos argumentos.

70. Es infundado el argumento de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas según el cual no hubo una solicitud escrita ante la Sala de Primera Instancia y que por consiguiente la Sala de Primera Instancia no debía haberse pronunciado sobre el alcance de las obligaciones de divulgación del Fiscal. La cuestión de si el Fiscal tiene la obligación de divulgar materiales relativos al uso general de niños soldados en la RDC surgió en el contexto de la solicitud del Fiscal de 21 de diciembre de 2007. Como se dijo *supra*, el Fiscal sólo había divulgado extractos de los materiales en cuestión a la defensa y había solicitado a la Sala de Primera Instancia que autorizara la no divulgación del resto de los materiales. Surge de la transcripción de la reunión con las partes de 10 de enero de 2008 (véase *supra*, párrafos 59 y 60) que la Sala de Primera Instancia estaba considerando si debían divulgarse en su totalidad los materiales con respecto a los cuales el Fiscal había solicitado autorización para la no divulgación a fin de proteger a los testigos. Esta cuestión era directamente pertinente para la adecuada decisión sobre la solicitud del Fiscal de 21 de diciembre de 2007, porque si el Fiscal no tenía la obligación de divulgar esos materiales de conformidad con la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala de Primera Instancia no tendría que pronunciarse sobre las solicitudes de autorización de no divulgación a los efectos de la protección de los testigos. Habida cuenta de lo que antecede, el fundamento jurídico de la determinación hecha en la Decisión impugnada puede encontrarse en la regla 81 de

las Reglas de Procedimiento y Prueba, la disposición con arreglo a la cual la Sala de Primera Instancia eventualmente podría haber autorizado la no divulgación de los materiales en cuestión.

71. Tampoco resulta persuadida la Sala de Apelaciones por el argumento de la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas según el cual la Sala de Primera Instancia confundió la admisibilidad de las pruebas con lo que es pertinente para la preparación de la defensa. La Decisión impugnada entrañaba una determinación relativa al alcance de los materiales que han de divulgarse; no implicaba una determinación sobre la admisibilidad de dichos materiales como pruebas.

72. Como la Sala de Primera Instancia no actuó de oficio en el presente caso, no es necesario considerar la regla 134 de las Reglas de Procedimiento y Prueba o los artículos 64 y 69 del Estatuto para determinar en qué circunstancias una Sala de Primera Instancia puede dictar de oficio providencias sobre el alcance de la divulgación.

b) Interpretación de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba

73. Aun cuando había, como se explicó *supra*, una base jurídica para un pronunciamiento por la Sala de Primera Instancia relativa al alcance de las obligaciones de divulgación del Fiscal, la providencia relativa a la no divulgación fue de todos modos errónea porque se basó en una interpretación demasiado estrecha de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

74. La regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba dispone lo siguiente:

Inspección de objetos que obren en poder del Fiscal o estén bajo su control

El Fiscal, con sujeción a las limitaciones previstas en el Estatuto y en las reglas 81 y 82, permitirá a la defensa inspeccionar los libros, documentos, fotografías u otros objetos tangibles que obren en su poder o estén bajo su control y que sean pertinentes para la preparación de la defensa o que él tenga el propósito de utilizar como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio o se hayan obtenido del acusado o le pertenezcan.

75. No estaba previsto que los materiales relativos al uso general de niños soldados en la RDC fueran utilizados por el Fiscal como pruebas, y dichos materiales no habían sido obtenidos por el Apelante ni le pertenecían a éste. Consiguientemente, la cuestión

que se presenta en el contexto de la tercera cuestión objeto de la apelación es si los materiales en cuestión son “pertinentes para la preparación de la defensa”.

76. En la Decisión impugnada, la Sala de Primera Instancia no hizo referencia expresa a la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba ni a ninguno de los elementos de dicha disposición. No obstante, debe suponerse que la providencia relativa la no divulgación se basó en la comprensión que la Sala de Primera Instancia tenía del alcance de la regla 77 y que en el razonamiento pertinente de la Decisión impugnada la Sala de Primera Instancia se hizo una interpretación de dicha regla, en particular porque en la reunión con las partes de 10 de enero de 2008 el magistrado presidente y las partes habían hecho referencia a la regla 77. Si la Decisión impugnada se entiende de esta manera, los objetos no son pertinentes para la preparación de la defensa si “[l]as pruebas que se produzcan a este respecto no socavarán la argumentación de la Fiscalía y ... no apoyarán ninguna defensa o línea de argumento en que haya de basarse el acusado. En otras palabras, no se ha demostrado que esta esfera de prueba se relacione con una cuestión vigente en el caso ni que haya de servir de asistencia para el acusado” (véase *supra*, párrafo 56). Así pues, según la opinión de la Sala de Primera Instancia, sólo son pertinentes para la preparación de la defensa los materiales que se relacionen con cuestiones que socavarían directamente a la “argumentación de la Fiscalía” o apoyarían una línea de argumento de la defensa.

77. La Sala de Apelaciones concluye que la Sala de Primera Instancia interpretó la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba demasiado estrechamente porque excluyó objetos que, pese a no estar directamente vinculados con pruebas eximentes o inculpativas, podrían ser de otro modo pertinentes para la preparación de la defensa. La redacción de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba no sugiere que la expresión “pertinentes para la preparación de la defensa” deba ser interpretada tan estrechamente como la interpretó la Sala de Primera Instancia. Más bien, la expresión debería ser entendida en el sentido de referirse a todos los objetos que son pertinentes para la preparación de la defensa.

78. Habida cuenta de que los términos de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba se basan en los términos de la regla 66 (B) de las Reglas de

Procedimiento y Prueba del TPIY⁶, es útil considerar la jurisprudencia pertinente del TPIY y el TPIR acerca de las disposiciones concordantes de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY y el TPIR. Dicha jurisprudencia confirma que la expresión “pertinentes para la preparación de la defensa” debe interpretarse ampliamente.

79. El Apelante ha señalado a la atención de la Sala de Apelaciones la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIR de 25 de septiembre de 2006 en el caso *Bagosora y otros* (en adelante: “la Decisión *Bagosora*”). La Sala de Apelaciones del TPIR explicó en el párrafo 9 de la decisión lo siguiente:

De conformidad con el sentido ordinario de la regla 66 (B) de las Reglas [de Procedimiento y Prueba del TPIR], el criterio de importancia [en inglés, “*materiality*”] en la primera categoría es la pertinencia de los documentos para la preparación de los argumentos de la defensa. Preparación es un concepto amplio y no requiere necesariamente que los materiales mismos contradigan la argumentación de la Fiscalía.

80. Si bien debe señalarse que el contexto de la Decisión *Bagosora* era diferente del presente caso – la Sala de Apelaciones del TPIR tenía que decidir si debían divulgarse unos materiales relacionados con la credibilidad de posibles testigos de la defensa que obraban en poder del Fiscal del TPIR – la decisión indica que se debe evitar una interpretación de la obligación de divulgación que sea demasiado estrecha.

81. También sirve de apoyo para una interpretación más amplia de las obligaciones de divulgación la decisión dictada el 26 de septiembre de 1996 por una Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Delalić y otros*. En el párrafo 7 de dicha decisión, la Sala de Apelaciones del TPIY citó jurisprudencia de jurisdicciones federales de los Estados Unidos en el sentido de que “las pruebas solicitadas deben ser “significativamente útiles para la *comprensión* de importantes pruebas inculpativas o eximentes”” (cursivas añadidas). Esa formulación de la Sala de Apelaciones del

⁶ Véase Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Propuesta presentada por Australia, Proyecto de Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, 26 de enero de 1999, PCNICC/1999/DP.1, en la cual (pág. 37) se dice que el proyecto original de lo que en definitiva sería la regla 77 “sigue estrechamente a la regla 66 (B) de las Reglas del TPIY”.

TPIY fue citada con aprobación por un comentarista del régimen de divulgación establecido por la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba⁷.

82. La Sala de Apelaciones concluye que en el presente caso el Apelante ha demostrado suficientemente que los materiales relativos al uso general de niños soldados en la RDC son pertinentes para la preparación de su defensa: en la reunión con las partes de 10 de enero de 2008, la defensa del Apelante explicó que dichos materiales serían pertinentes porque “[a]ntes de determinar una línea de defensa, es necesario comprender la situación, y nos parecía que esta información era útil para nosotros e incluso necesaria para que pudiéramos comprender la situación en Ituri en esa época”. En su Documento justificativo de la apelación, el Apelante especificó además que los materiales solicitados podían ser pertinentes, por ejemplo, para comprender el fenómeno del uso de niños soldados y su desmovilización en la RDC. Además de ello, la Asociación Internacional de Abogados Criminalistas observa que la información relativa al uso general de niños soldados podría ser pertinente en la etapa procesal de fijación de la pena, si la hubiera, y que los abogados de la defensa tendrán que prepararse para esa fase.

V. REPARACIÓN ADECUADA

83. La subregla 1 de la regla 158 de las Reglas de Procedimiento y Prueba dispone que la Sala de Apelaciones puede “confirmar, dejar sin efecto o modificar la decisión apelada”.

84. En relación con las cuestiones primera y segunda, en la medida en que la Decisión impugnada se entiende de la manera expuesta *supra* en los párrafos 35 a 38, se confirma dicha decisión.

85. En relación con la tercera cuestión, el Apelante solicitó a la Sala de Apelaciones que “ordene al Fiscal que divulgue inmediatamente a la Defensa los materiales relativos al uso general de niños soldados en la RDC que tenga en su poder” (Documento justificativo de la apelación, pág. 13). Ello equivaldría a una enmienda de la Decisión impugnada.

⁷ Véase H. Brady, “Disclosure of Evidence”, in R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court/Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001), pág. 403, en particular pág. 411.

86. Por las siguientes razones, la Sala de Apelaciones considera que la Decisión impugnada no debe ser enmendada en la forma solicitada por el Apelante. El Fiscal había solicitado a la Sala de Primera Instancia que se le relevara de su obligación de divulgar las declaraciones que contenían la información pertinente, y en cambio se le permitiera divulgar resúmenes de dichas declaraciones. La Sala de Primera Instancia aún no ha adoptado una decisión sobre esa solicitud. En tales circunstancias, la Sala de Apelaciones considera que es apropiado revocar la Providencia relativa a la no divulgación porque dicha providencia estuvo sustancialmente afectada por un error de derecho. La Sala de Primera Instancia tendrá que determinar si el Apelante tiene derecho a acceder al texto íntegro de las declaraciones que contengan información sobre el uso general de niños soldados o no.

El magistrado Pikis y el magistrado Song anexan opiniones parcialmente disidentes con la presente sentencia.

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

/firmado/

Magistrado Sang-Hyun Song
Magistrado presidente

Hecho hoy, 11 de julio de 2008

En la Haya (Países Bajos)

Opinión parcialmente disidente del magistrado Georghios M. Pikis

1. En la etapa preliminar del procedimiento, la Sala de Apelaciones identificó las cuestiones apelables a fin de determinar si debía darse a la apelación el efecto suspensivo solicitado por el Apelante, lo cual llevó a la suspensión de la ejecución de la decisión que había dado lugar a las cuestiones que pasaron a ser objeto de la apelación¹. La mayoría, es decir, todos los magistrados integrantes de la Sala, salvo yo, y la minoría, concordaban en cuanto a la naturaleza y el contenido de la cuestión dos, pero estaban en desacuerdo en cuanto a la precisa naturaleza de las otras dos cuestiones. La mayoría entendía que la cuestión consistía en determinar “si una divulgación innecesaria e injustificadamente tardía por la defensa puede adecuadamente tener incidencia en la divulgación a cargo de la Fiscalía”², mientras que yo la identificaba en el sentido de determinar “si la Sala de Primera Instancia incurrió en error al imponer a la defensa la obligación de divulgar sus líneas de defensa anticipadamente”³. No hay una diferencia significativa entre las dos cuestiones, en la medida en que ambas giran en torno a la obligación, si es que existe, de los acusados de divulgar su defensa o algún aspecto de ella en algún momento anterior a su presentación ante la Sala. En otras palabras, las dos cuestiones se reducen a determinar si el deber del Fiscal de divulgar las pruebas que obren en su poder, en particular las pruebas eximentes, depende en alguna manera o en alguna medida de la anterior divulgación de la línea o las líneas de defensa.

2. La tercera cuestión, tal como yo la identificaba, entrañaba “la interpretación de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba”⁴, mientras que la mayoría entendió que consistía en determinar “si la conclusión de la Sala de Primera Instancia según la cual “la Fiscalía no tiene la obligación de “presentar materiales que se

¹ Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, decisión de 22 de abril de 2008 relativa a la solicitud del Sr. Thomas Lubanga Dyilo de que se otorgue efecto suspensivo a su apelación contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1290); opinión disidente del magistrado Georghios M. Pikis, 13 de mayo de 2008 (ICC-01/04-01/06-1290-Anx).

² Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, decisión de 22 de abril de 2008 relativa a la solicitud del Sr. Thomas Lubanga Dyilo de que se otorgue efecto suspensivo a su apelación contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1290), párr. 2.

³ Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, decisión de 13 de mayo de 2008 relativa a la solicitud del Sr. Thomas Lubanga Dyilo de que se otorgue efecto suspensivo a su apelación contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008, opinión disidente del magistrado Georghios M. Pikis (ICC-01/04-01/06-1290-Anx), párr. 6.

⁴ *Ibid.*

refieran [al] uso general de niños soldados” porque no constituyen materiales eximentes contraviene la regla 77 de las Reglas [de Procedimiento y Prueba]”⁵.

3. Contestar la cuestión tres en la forma en que yo la percibía, a los efectos de la resolución de la apelación, sería un ejercicio teórico que dejaría a uno de los miembros de la Sala fuera del proceso de elaboración de la decisión definitiva. La cuestión, tal como yo la entendía, entrañaba la prestación de asesoramiento por parte de la Sala de Apelaciones a la Sala de Primera Instancia en relación con la interpretación de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Estaba desvinculada de una decisión de la Sala de Primera Instancia. La cuestión tres, tal como la identifica la mayoría, está vinculada con una decisión de la Sala de Primera Instancia pertinente para la divulgación de materiales acerca del uso de niños soldados. Me siento obligado, en interés de la eficacia del proceso judicial, a acatar la decisión de la mayoría en cuanto a la identidad de la cuestión tres. No hacerlo significaría excluir a un miembro de la Sala de Apelaciones de la participación en la resolución de las cuestiones *sub judice*, lo cual sería antitético con el proceso de dictado de la sentencia. En el caso *Andronicou y Constantinou c. Chipre*⁶ ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, me vi enfrentado a una cuestión no diferente de la que se me presenta en este caso. En aquel caso, señalé que “La competencia de la Corte es indivisible. Está confiada a la Corte en su conjunto y requiere que todas sus partes componentes, es decir, cada uno de sus miembros, participen en la resolución de todas las cuestiones cuya determinación es necesaria para determinar el resultado del caso”⁷. Lo mismo es cierto en el presente procedimiento. Si yo me dissociara de la identificación del objeto de la apelación tal como lo ha determinado la mayoría, ello llevaría al resultado de que la decisión sobre las cuestiones *sub judice* sería tomada por cuatro miembros de la Sala de Apelaciones y no por los cinco, tal como lo prevé el Estatuto. Serían aplicables diferentes consideraciones si se tratara de una cuestión que afectara a la competencia de la Corte. El hecho de que la cuestión tres, tal como la describe la mayoría, por un lado, y tal como la describo yo, por otro, gire en torno al mismo tema, es decir, el alcance y

⁵ Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, decisión de 22 de abril de 2008 relativa a la solicitud del Sr. Thomas Lubanga Dyilo de que se otorgue efecto suspensivo a su apelación contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008, (ICC-01/04-01/06-1290), párr. 2.

⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Andronicou y Constantinou c. Chipre*, sentencia de 9 de octubre de 1997, solicitud N° 86/1996/705/897.

⁷ *Ibid.*, Opinión disidente del magistrado Georghios M. Pikis.

las consecuencias de la regla 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, elimina toda inhibición que pudiese haber tenido para dar respuesta a dicha cuestión.

4. Los miembros de la Sala, salvo yo, opinan, aunque no por las mismas razones, que ninguna de las cuestiones emana de una decisión definitiva de la Sala de Primera Instancia, y por tal razón no merecen ser consideradas por la Sala de Apelaciones. De todos modos, expresan, por vía de orientación, sus opiniones sobre las consecuencias del derecho de los acusados a guardar silencio, y el deber del Fiscal de brindar divulgación a la Defensa. El derecho de los acusados a guardar silencio no se cuestiona. En la sentencia dictada por mayoría, se afirma que "... la Defensa tiene derecho a una divulgación completa en relación con el caso en su conjunto tal como lo conoce el Fiscal (con sujeción al régimen estatutario relativo a las restricciones a la divulgación) y está plenamente facultada para ejercer el derecho a guardar silencio. La Decisión impugnada no debe leerse de manera de presionar al acusado para que preste declaración o plantee medios de defensa en una etapa temprana como condición para obtener la divulgación por parte de la Fiscalía⁸". El pasaje citado está en cierta medida calificado por lo que se dijo anteriormente: "En abstracto, empero, la Sala de Apelaciones no está en condiciones de excluir categóricamente la posibilidad de que, en caso de que surgiese una situación de hecho en la cual pudiera demostrarse que la Defensa había retenido injustificablemente y de manera no razonable la revelación de una línea de defensa o una cuestión en circunstancias que hiciesen imposible que la Corte asegurara la protección de los testigos de descargo, pudiera concebirse la posibilidad de que el acusado tuviese un juicio justo a pesar de la no divulgación de determinados materiales limitados⁹."

5. En relación con la tercera cuestión, estoy de acuerdo con su revocación pero discrepo con la remisión de la cuestión a la Sala de Primera Instancia con miras a determinar, tal como se dijo en la sentencia dictada por mayoría, "...si el Apelante tiene derecho a acceder al texto íntegro de las declaraciones que contengan información sobre el uso general de niños soldados o no¹⁰". El punto debería ser determinado por la Sala de Apelaciones dictando por sí la decisión que debía haber sido dictada por la Sala de Primera Instancia. La respuesta del Fiscal a esta parte de la

⁸ Sentencia en mayoría, párr. 55.

⁹ Sentencia en mayoría, párr. 54.

¹⁰ Sentencia en mayoría, párr. 86.

apelación es el siguiente: “Habida cuenta de que las cuestiones objeto de la presente apelación se relacionan únicamente con la regla 77, y no con la validez de una defensa de *tu quoque* o la caracterización de los materiales pertinentes como eximentes con arreglo al párrafo 2 del artículo 67, la Fiscalía no se opone a la apelación en relación con esta cuestión”¹¹. El reconocimiento hecho por el Fiscal, a mi juicio, está justificado. Y la decisión de la Sala de Apelaciones debería ser que los materiales pertinentes al uso de niños soldados deberían ponerse a disposición de la defensa para su inspección.

6. A continuación, indico las razones que me llevaron a la conclusión de que las cuestiones uno y dos surgen efectivamente de decisiones de la Sala de Primera Instancia, y consiguientemente merecen ser consideradas por la Sala de Apelaciones.

7. Los requisitos para la certificación de cuestiones apelables fueron considerados en las sentencias de la Sala de Apelaciones de 13 de julio de 2006¹² y 13 de octubre de 2006¹³. En el primer caso, se puso de relieve que la cuestión apelable, certificada como tal, debe ser, en opinión de la Sala de Primera Instancia o la Sala de Cuestiones Preliminares, una cuestión que requiera una inmediata resolución, eliminando con ello, según se indicó, “[...] del proceso judicial los posibles errores susceptibles de empañar la justicia del procedimiento o comprometer el resultado del proceso”¹⁴. En otro pasaje, se destacó que la opinión de la Sala certificante “constituye el elemento definitivo de la génesis del derecho a apelar. En esencia, la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia tiene la facultad de establecer, o más exactamente, de certificar la existencia de una cuestión apelable¹⁵”.

¹¹ Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, respuesta de la Fiscalía de 28 de marzo de 2008 al Documento justificativo de la apelación de la Defensa contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I dictada el 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1243), párr. 33.

¹² *Situación en la República Democrática del Congo*, sentencia de 13 de julio de 2006 relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar (ICC-01/04-168).

¹³ Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, sentencia de 13 de octubre de 2006 sobre la apelación interpuesta por el Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada “Decisión por la que se establecen los principios generales aplicables a las solicitudes de restricción de la divulgación presentadas en virtud de las subreglas 2 y 4 de la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba” (ICC-01/04-01/06-568).

¹⁴ *Situación en la RDC*, sentencia de 13 de julio de 2006 relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar (ICC-01/04-168), párr. 14.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 20.

8. La Sala de Primera Instancia, guiada por la mencionada sentencia, determinó en su decisión por la que otorgó autorización para apelar¹⁶, que las cuestiones planteadas surgían efectivamente de su decisión, y por tal razón debían ser objeto de apelación. La Sala se refiere a la parte de su anterior decisión oral de la cual surgió la primera cuestión en el siguiente pasaje: “Por consiguiente, la cuestión que se abordó en la parte pertinente de la Decisión impugnada es si la Fiscalía tiene una obligación inflexible de divulgar materiales, independientemente de si la defensa ha actuado o no en forma no razonable al revelar aspectos pertinentes de la defensa o de las cuestiones que serían planteadas en una etapa avanzada del caso¹⁷.”

9. La Segunda cuestión está, como señala la Sala de Primera Instancia, vinculada con la primera cuestión: “*Segunda cuestión: si la Sala incurrió en error al dar preferencia a la protección de los testigos de la defensa frente el derecho de la Defensa a conocer la identidad de dichos testigos y al concluir que esa preferencia no iría en detrimento de la justicia del juicio*¹⁸”. Se hace una referencia específica a la parte de la decisión de la Sala de la cual surgió la cuestión dos, citada en la decisión de la Sala por la que se otorgó autorización para apelar, en los términos siguientes: “Si se pone a la Sala en una posición en una etapa avanzada del procedimiento, sin justificación adecuada, de que se le pida que ordene la divulgación de testigos de descargo cuando en ese momento es imposible asegurarles la protección necesaria, existe la posibilidad de que la Corte concluya que la continuación del juicio es justa a pesar de la no revelación de sus identidades al acusado¹⁹.”

10. El examen de la decisión oral de la Sala de Primera Instancia que dio lugar a la definición de las cuestiones uno y dos justifica la conclusión de la Sala de Primera Instancia de que las cuestiones son consecuencia de decisiones de la Sala. Un pasaje crítico de la decisión oral es el siguiente:

la Defensa declinó una invitación de la Sala a que expusiera las defensas que el acusado probablemente haría valer, junto con las cuestiones que se preveía incluir en la argumentación. En esta etapa su posición consiste en invocar el derecho a guardar silencio, para lo cual indudablemente está facultada. Sin

¹⁶ Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, decisión de 6 de marzo de 2008 relativa a la solicitud de la Defensa de autorización para apelar de la decisión oral sobre expurgaciones y divulgación de 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1210).

¹⁷ *Ibid.*, párr. 12.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 15.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 18.

embargo, las decisiones no razonables que tome la Defensa en el sentido de hacer una divulgación tardía pueden tener un efecto en las determinaciones de la Sala acerca de lo que constituye un juicio justo²⁰.

11. La sola invitación de la Sala de Primera Instancia al acusado a que divulgara sus líneas de defensa sugiere efectivamente que el derecho a guardar silencio no es absoluto. El indiscutido derecho de los acusados a guardar silencio, sin que de ese silencio puedan extraerse inferencias negativas, proclamado en la decisión de la Sala de Primera Instancia, está calificado por la oración inmediatamente posterior del pasaje citado: “Sin embargo, las decisiones no razonables que tome la Defensa en el sentido de hacer una divulgación tardía pueden tener un efecto en las determinaciones de la Sala acerca de lo que constituye un juicio justo²¹.” Este pasaje constituye una decisión en el sentido de que el acusado, aunque sea en alguna etapa del procedimiento, tiene el deber de divulgar sus líneas de defensa. Y si no lo hace, puede haber consecuencias, las que se reseñan en el pasaje siguiente a los indicados, que se cita a continuación:

Por ejemplo, habida cuenta de la necesidad de proteger a los testigos y otras personas que hayan proporcionado información a la Corte, si se pone a la Sala – permítanme comenzar nuevamente esta parte – si se pone a la Sala en una posición en una etapa avanzada del procedimiento, sin justificación adecuada, de que se le pida que ordene la divulgación de testigos de descargo cuando en ese momento es imposible asegurarles la protección necesaria, existe la posibilidad de que la Corte concluya que la continuación del juicio es justa a pesar de la no revelación de sus identidades al acusado²².

12. En el pasaje que sigue al extracto que antecede, la Sala identifica, de manera definitiva, las consecuencias que pueden recaer sobre el acusado si la divulgación de una línea de defensa se hace en una etapa tardía.

Consiguientemente, si la Defensa identifica líneas de defensa o cuestiones en una etapa significativa e innecesariamente avanzada, ello puede tener consecuencias para las decisiones que se refieren a la divulgación al acusado²³.

13. La opinión de la Sala de Primera Instancia, expresada en la decisión por la que otorgó autorización para apelar, según la cual las cuestiones uno y dos están

²⁰ Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, decisión oral de la Sala de Primera Instancia sobre expurgaciones y divulgación, 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-T-71-ENG ET WT), pág. 9, líneas 4-10.

²¹ *Ibid.*, pág. 9, líneas 8-10.

²² *Ibid.*, pág. 9, líneas 12-18.

²³ *Ibid.*, pág. 9, líneas 18-21.

“indisolublemente vinculadas”²⁴, es a la vez exacta y correcta, pues ambas se relacionan con el deber del Fiscal de divulgar las pruebas eximentes y la dependencia en cualquier medida del cumplimiento de ese deber por parte del Fiscal de la anterior divulgación de las líneas de defensa. La posición de la Sala de Primera Instancia sobre las consecuencias de la no divulgación por parte de la defensa se refleja como en un espejo en el pasaje de la decisión oral que antecede. Dicho pasaje es demostrativo de la decisión de la Sala de que el hecho de que el acusado no divulgue oportunamente las líneas de defensa puede tener repercusiones en el desarrollo de su caso y puede privarlo del derecho a obtener divulgación de lo que la Fiscalía tiene el deber de divulgar.

14. El derecho a guardar silencio, garantizado por el apartado g) del párrafo 1 del artículo 67 del Estatuto como un derecho fundamental de los acusados, no está en modo alguno calificado, salvo en relación con las defensas específicamente prescritas en la regla 79 de las Reglas de Procedimiento y Prueba²⁵. El Estatuto no se limita a garantizar el derecho a guardar silencio como un derecho inalienable de la persona acusada, sino que además dispone que su ejercicio no debe tener consecuencias para ella. En virtud de la decisión de la Sala de Primera Instancia, el ejercicio del derecho a guardar silencio puede generar consecuencias negativas, de las que se advierte al acusado. La decisión compromete de manera directa el derecho del acusado a guardar silencio. Además, el Estatuto asegura al acusado el derecho “a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas”. El derecho a guardar silencio está entrelazado con la presunción de inocencia de los acusados. Se presume que el acusado es inocente. El acusado no tiene que probar su inocencia. Lo que debe hacer a fin de liberarse de la acusación es arrojar dudas sobre su validez; tiene derecho a ser absuelto a menos que las acusaciones contra él estén probadas más allá de toda duda razonable.

²⁴ Caso del *Fiscal c. Lubanga Dyilo*, decisión de 6 de marzo de 2008 relativa a la solicitud de la Defensa de autorización para apelar de la decisión oral sobre expurgaciones y divulgación de 18 de enero de 2008” (ICC-01/04-01/06-1210), párr. 15.

²⁵ Las únicas excepciones en las que se requiere la divulgación previa de una defensa, que no son pertinentes para el presente procedimiento, figuran en la regla 79 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Se refieren a las defensas de coartada y de incapacidad mental en grado tal que exima de responsabilidad penal. Se trata de defensas distintas, que se fundan en hechos que son peculiarmente de conocimiento del acusado.

15. El acusado tiene derecho a la divulgación de la argumentación contra él, con sujeción a las excepciones que apruebe la Sala de conformidad con la regla 81 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, tanto en la etapa preliminar de la audiencia de confirmación como en el juicio. El párrafo 3 del artículo 61 del Estatuto impone al Fiscal el deber de divulgar las pruebas en que se fundamenta su argumentación, encarado en relación con las pruebas no divulgadas en la audiencia de confirmación, y en lo tocante a las pruebas reunidas por el Fiscal después de la audiencia de confirmación por el párrafo 6 del artículo 64 del Estatuto.

16. El párrafo 2 del artículo 67 del Estatuto obliga al Fiscal, además de a la divulgación de las pruebas en las que se funda, a divulgar a la defensa tan pronto como sea posible “las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo”. Cuando el Fiscal investiga un caso, está obligado a reunir tanto las pruebas incriminantes para el acusado como las eximentes, según lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 54. El ámbito de las pruebas eximentes, tal como lo definen las mencionadas disposiciones del artículo 67 del Estatuto, es muy amplio. Abarca todo lo que tienda a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que pueda afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo.

17. Por las razones expuestas *supra*, yo revocaría la decisión de la Sala de Primera Instancia en que se funda la cuestión uno, y contestaría la cuestión planteada para resolución en los términos siguientes: La divulgación de las pruebas por el Fiscal a la defensa no depende ni está sujeta en modo alguno a la anterior divulgación de la defensa o de cualquier aspecto o línea de ella. Por razones análogas, revocaría la decisión en que se funda la cuestión dos, declarando que el incumplimiento por parte del Fiscal de su deber de divulgación a la defensa puede afectar a la justicia del procedimiento.

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

Magistrado Georghios M. Pikis

Hecho hoy, 11 de julio de 2008

En la Haya (Países Bajos)

Opinión parcialmente disidente del magistrado Sang-Hyun Song

1. En la presente sentencia, la mayoría de la Sala de Apelaciones considera el fondo de las cuestiones primera y segunda objeto de la apelación. Respetuosamente disiento con esta parte de la sentencia porque, por las razones que expreso resumidamente a continuación, tengo la opinión de que la decisión oral de la Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008 (véase ICC-01/04-01/06-T-71-Eng; en adelante: “la Decisión impugnada”) no es apelable a este respecto. Por consiguiente, habría desestimado la apelación en esa medida, sin considerar el fondo. Estoy totalmente de acuerdo con el resto de la sentencia, en particular con la decisión de la Sala de Apelaciones de revocar la decisión de la Sala de Primera Instancia según la cual el Fiscal no tiene la obligación de presentar los materiales que se relacionan con el uso general de niños soldados en la RDC.

2. El párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto dispone lo siguiente:

Cualquiera de las partes podrá apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de las siguientes decisiones:

- a) Una decisión relativa a la competencia o la admisibilidad;
- b) Una decisión por la que se autorice o deniegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento;
- c) Una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de actuar de oficio de conformidad con el párrafo 3 del artículo 56;
- d) Una decisión relativa a una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia, un dictamen inmediato de la Sala de Apelaciones pueda acelerar materialmente el proceso.

3. Consiguientemente, sólo pueden ser apeladas las decisiones mencionadas en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto en la medida en que entrañen una cuestión apelable. La palabra “decisión” se refiere a las determinaciones o pronunciamientos de una Sala de Cuestiones Preliminares o una Sala de Primera Instancia, y no a todas las declaraciones que se formulen en la fundamentación. Ello está confirmado no sólo por el significado literal de la palabra “decisión” en el contexto judicial, sino también por una interpretación contextual del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto: los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 82 disponen

que ciertas categorías específicas de decisiones pueden ser apeladas de pleno derecho, a saber, las decisiones relativas a la competencia o la admisibilidad, las decisiones por las que se autorice o deniegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento y las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares de actuar de oficio de conformidad con el párrafo 3 del artículo 56. La determinación de si una decisión de una Sala de Cuestiones Preliminares o una Sala de Primera Instancia está comprendida en una de esas categorías tendrá que adoptarse sobre la base de si se ha adoptado una determinación o un pronunciamiento en relación con la admisibilidad o la competencia, y así sucesivamente. La Sala de Apelaciones se adhirió a este enfoque en su decisión de 13 de junio de 2007 relativa a la admisibilidad de la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 29 de enero de 2007, titulada “Decisión sobre la confirmación de los cargos” (ICC-01/04-01/06-926), en la cual rechazó una apelación presentada con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto contra una decisión por la que se confirmaban los cargos, porque dicha decisión no denegaba ni autorizaba la libertad. Sería ilógico que la palabra “decisión” en los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto se refiriera a determinaciones o pronunciamientos, pero en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 comprendiera todo el razonamiento en que se funda una decisión.

4. Una decisión “entraña” una cuestión si la cuestión de derecho o de hecho que constituye la cuestión era esencial para la determinación o el pronunciamiento que se adoptó. Esto está confirmado por la sentencia de 13 de julio de 2006 relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar (ICC-01/04-01/06-168), en el párrafo 9 de la cual la Sala de Apelaciones explicó lo siguiente:

Una cuestión es un asunto cuya resolución es esencial para determinar los puntos controvertidos de la causa judicial que se esté examinando.

5. En cuanto a la presente causa, en mi opinión y por las siguientes razones, la Decisión impugnada no es apelable con respecto a las cuestiones primera y segunda con respecto a las cuales se otorgó autorización para apelar, porque la Decisión impugnada no entraña cuestiones en el sentido indicado.

6. En la decisión de 6 de marzo de 2008 relativa a la solicitud de la Defensa de autorización para apelar de la decisión oral sobre expurgaciones y divulgación de 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1210¹; en adelante: “la Decisión por la que se otorgó autorización para apelar”), la Sala de Primera Instancia otorgó la autorización para apelar en relación con las tres cuestiones siguientes: “si una divulgación innecesaria e injustificadamente tardía por la defensa puede adecuadamente tener incidencia en la divulgación a cargo de la Fiscalía” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 14; “primera cuestión”); si “la Sala incurrió en error al dar preferencia a la protección de los testigos de la defensa frente el derecho de la Defensa a conocer la identidad de dichos testigos y al concluir que esa preferencia no iría en detrimento de la justicia del juicio”² (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, página 6; en adelante: “la Segunda cuestión”), y si la conclusión de la Sala de Primera Instancia según la cual “la Fiscalía no tiene la obligación de “presentar materiales que se refieran [al] uso general de niños soldados” porque no constituyen materiales eximentes contraviene la regla 77 de las Reglas [de Procedimiento y Prueba]” (Decisión por la que se otorgó autorización para apelar, párrafo 21).

7. Las cuestiones primera y segunda se relacionan con la siguiente parte de la Decisión impugnada:

la Defensa declinó una invitación de la Sala a que expusiera los medios de defensa que el acusado probablemente haría valer, junto con las cuestiones que se preveía incluir en la argumentación. En esta etapa su posición consiste en invocar el derecho a guardar silencio, para lo cual indudablemente está facultada. Sin embargo, las decisiones no razonables que tome la Defensa en el sentido de hacer una divulgación tardía pueden tener un efecto en las determinaciones de la Sala acerca de lo que constituye un juicio justo. Por ejemplo, habida cuenta de la necesidad de proteger a los testigos y otras personas que hayan proporcionado información a la Corte, si se pone a la Sala – permítanme comenzar nuevamente esta parte – si se pone a la Sala en una posición en una etapa avanzada del procedimiento, sin justificación adecuada, de que se le pida que ordene la divulgación de testigos de descargo cuando en ese momento es imposible asegurarles la protección necesaria, existe la posibilidad de que la Corte concluya que la continuación del juicio es justa a pesar de la no revelación de sus identidades al acusado. Consiguientemente, si

¹ El 14 de marzo de 2008 se registró una corrección a esta decisión (ICC-01/04-01/06-1224).

² En la corrección a la decisión por la que se otorga autorización para apelar, el pasaje pertinente tiene el texto siguiente: “Si la Sala incurrió en error al dar preferencia a la protección de los testigos de la Fiscalía frente al derecho de la Defensa a conocer la identidad de dichos testigos y al concluir que esa preferencia no iría en detrimento de la posibilidad de que el juicio sea justo”.

la Defensa identifica líneas de defensa o cuestiones en una etapa significativa e innecesariamente avanzada, ello puede tener consecuencias para las decisiones que se refieren a la divulgación al acusado. (ICC-01/04-01/06-T-71-ENG, pág. 9, líneas 4 a 21)

8. En esta parte de la Decisión impugnada, empero, la Sala de Primera Instancia no adoptó ninguna determinación, y las afirmaciones de la Sala de Primera Instancia no formaban parte de ninguna de las determinaciones que se adoptaron en otras partes de la Decisión impugnada o eran una condición previa para ellas. En cambio, la Sala de Primera Instancia informó a los participantes de lo que *podría* hacer en el futuro. Ninguna de las afirmaciones que se formularon en relación con la divulgación por parte de la defensa o la protección de testigos se hicieron de manera concluyente. En particular, las afirmaciones relativas a la injustificada tardanza en la divulgación de las líneas de defensa debe verse en contexto: la Sala de Primera Instancia puso de relieve que la defensa tiene derecho a guardar silencio; las afirmaciones de la Sala de Primera Instancia relativas a las consecuencias de la divulgación “tardía” por parte de la defensa fueron hechas en el (hipotético) supuesto de que el Apelante planteara una defensa. Ni la Sala de Primera Instancia ni la Sala de Apelaciones saben actualmente si tal será el caso. Además, la Sala de Primera Instancia sólo aludió a la posibilidad de que *pudiera* hacer pronunciamientos en relación con la justicia del procedimiento como resultado de la divulgación “tardía” por parte de la defensa, sin dar ningún detalle acerca de cuáles podrían ser los criterios o las circunstancias para tales pronunciamientos, o de cómo la Sala de Primera Instancia interpretaba el derecho aplicable a este respecto. Así pues, las afirmaciones se hicieron de manera inconcluyente, en ausencia de hechos determinados y sin relación con hecho alguno. En relación con la Segunda cuestión, la Sala de Primera Instancia señaló en el párrafo 19 de la Decisión por la que se otorgó autorización para apelar que la “cuestión tal vez no se plantee para nada en el curso del procedimiento”.

9. En mi opinión, al considerar el fondo de esas cuestiones, la Sala de Apelaciones no estaría examinando si lo que la Sala de Primera Instancia *ha hecho* se ha ajustado al derecho aplicable; estaría evaluando lo que la Sala de Primera Instancia *podría hacer* en el futuro. De tal modo, la Sala de Apelaciones estaría asumiendo el papel de un órgano asesor. Ése no es el papel previsto para la Sala de Apelaciones en el Estatuto ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Está fuera de su competencia.

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

/firmado/

Magistrado Sang-Hyun Song

Hecho hoy, 11 de julio de 2008

En la Haya (Países Bajos)