

VOLUMEN 1  
ISSN 2346-3120  
PÁGINAS 1-186  
BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA), 2013

# ANIIDIP

## Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal

Ibero-American Yearbook of International Criminal Law  
Annuaire Ibero-Américain de Droit International Pénal  
Anuário Ibero-Americano de Direito Internacional Penal

### Sección de investigación

El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo  
*Héctor Olásolo Alonso*

Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados  
*Carollina Anello*

### Sección de ensayos de investigación seleccionados en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional

Autoría em casos de irresponsabilidade organizada: uma proposta de sistematização dos critérios do Tribunal Penal Internacional  
*Lucas Nogueira Garcez*

La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma de la CPI  
*Miren Odriozola-Gurrutxaga*

Narcotráfico, ¿un crimen de lesa humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional?  
*Salvador Cuenca Curbelo*

### Sección de reseñas jurisprudenciales

de tribunales internacionales a cargo de la profesora Andrea Mateus Rugeles, con la autoría de Nicolás Sarmiento Santos y Nicolás López Guerrero

### Sección de reporte de doctrina

con la autoría de Claudia Cárdenas y Natalia Luter Luterstein

JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL  
BLATTMANN, ODIOS BENITO Y STEINER  
CERTAMEN DE  
ENSAYOS SOBRE



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



tirant lo blanc



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYÁ  
PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Bogotá, Colombia - Volumen 1  
Páginas 1 - 195 – ISSN: 2346-3120

# ANIDIP

**ANUARIO IBERO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL**

Ibero-American Yearbook of International Criminal Law  
Annuaire Ibero-Américain de Droit International Pénal  
Anuário Ibero-Americano de Direito Internacional Penal





## **ANUARIO IBERO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, AIDIP**

Ibero-American Yearbook of International Criminal Law  
Annuaire Ibero-Américain de Droit International Pénal  
Anuário Ibero-Americano de Direito Internacional Penal

---

ISSN:2346-3120

**DIRECTOR**

Prof. dr. Héctor Olásolo Alonso  
(Colombia- España- Holanda)

**EDITORA**

Andrea Mateus Rugeles  
Profesora de Carrera - Universidad del Rosario - Colombia

**SECRETARÍA**

Diana Contreras (México)  
Investigadora, Universidad de Utrecht - Holanda

Andrés Contreras (Colombia)  
Investigador - Universidad del Rosario - Colombia

Mónica Avella (Colombia)  
Pasante, Instituto Iberoamericano de la Haya

---

Las opiniones de los artículos solo comprometen a los autores y en ningún caso al Comité Editorial o a la Universidad del Rosario. Se prohíbe la reproducción total o parcial de los artículos incluidos en esta revista, salvo autorización previa de los autores  
Visítenos en la página: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip>

## COMITÉ EDITORIAL

### **Claudia Cárdenas Aravena (Chile)**

Profesora Asociada - Universidad de Chile

### **Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica):**

Catedrático - Universidad de Costa Rica

### **Heloisa Estellita (Brasil)**

Profesora Titular - Fundação Getúlio Vargas (FGV) - Brasil

### **Emmanuela Fronza (Italia)**

Profesora Titular - Universidad de Trento - Italia

### **Pablo Galaín Palermo (Uruguay)**

Profesor Honorario - Universidad Pablo Olavide de Sevilla - España

### **Alejandro Kiss (Argentina)**

Letrado de Sala - Corte Penal Internacional - Holanda

### **Natalia M. Luterstein (Argentina)**

Profesora Adjunta - Universidad de Buenos Aires

### **Jaime Martínez (El Salvador)**

Fundador del Centro de Estudios Penales de El Salvador

### **Juan Ramón Martínez (Colombia)**

Profesor de Carrera - Universidad del Rosario - Colombia

### **Juan Luis Modolell González (Venezuela)**

Profesor Titular - Universidad Católica Andrés Bello - Venezuela

### **Carmen Quesada (España)**

Profesora Titular - UNED - España

### **Santiago Ripoll (España)**

Catedrático - Universidad Pompeu Fabra - Barcelona

### **Mauricio Vanegas (Colombia)**

Profesor Titular - Universidad del Rosario - Colombia

## COMITÉ CIENTÍFICO

### **Ariel Dulitzky (Argentina-Estados Unidos)**

Director del Programa Clínico de la Universidad de Texas - Estados Unidos - Miembro del Comité de Naciones Unidas para Desapariciones Forzadas

### **Gabriele Fornasari (Italia)**

Catedrático de Derecho Penal y Derecho Penal Comparado - Universidad de Trento - Italia

### **Sergio Garcia Ramirez (México)**

Investigador Honorario - UNAM - México expresidente de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (2007-2010)

### **Klaus Kress (Alemania)**

Catedrático de Derecho Internacional - Universidad de Colonia - Alemania - Director del Instituto para la Paz y Seguridad - Universidad de Colonia

### **Francisco Muñoz Conde (España)**

Catedrático de Derecho Penal - Universidad Pablo Olavide - España

### **Antonio Cezar Peluso (Brasil)**

Expresidente de la Corte Suprema de Brasil - Profesor de Derecho Procesal - Pontificia Universidad Católica de São Paulo

### **Carsten Stahn (Alemania-Holanda)**

Catedrático de Derecho Internacional Universidad de Leiden - Holanda - Director del Grotius Center for International Legal Studies

### **John Vervaele (Holanda)**

Catedrático Derecho Penal y Derecho Penal Europeo - Universidad de Utrecht - Holanda - Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal

## COMITÉ HONORARIO

### **René Blattmann (Bolivia)**

Magistrado (2003-2012) y vicepresidente (2006-2009) de la Corte Penal Internacional

### **Elizabeth Odio-Benito (Costa Rica)**

Magistrada (2003-2012) y vicepresidente (2003-2006) de la Corte Penal Internacional - Magistrada (1993-1998) y Vicepresidente (1993-1995) del Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia (TPIY).

### **Sylvia Steiner (Brasil)**

Magistrada (2002-2012) y presidente de la División de Cuestiones Preliminares (2008-2011) de la Corte Penal Internacional

---

### **Universidad del Rosario**

Rector

Hans Peter Knudsen Quevedo

Vicerrector

Alejandro Venegas Franco

Síndico

Miguel Diago Arbeláez

Secretaría general

Catalina Lleras Figueroa

Decano Facultad de Jurisprudencia

Antonio Agustín Aljure Salame

Preparación editorial

Claudia Luque Molano

Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de portada

David Reyes

Diagramación

Miguel Ramírez, Kilka Diseño Gráfico

Correspondencia

Calle 14 N° 6-25 edificio Cabal of. 202

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

info@iberoamericaninstituteofthehague.org

### **Tirant lo Blanch**

Director

Salvador Vives López

### **Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH)**

Presidente del Instituto

Iberoamericano de la Haya

Prof. Héctor Olásolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Tesorero

Miguel Langone

# Contenido

**Editorial ..... 7**

Sylvia Steiner  
*magístrada de la Corte Penal Internacional (2003-2013)*

**Presentación .....11**

Elizabeth Odio Benito  
*magístrada de la Corte Penal Internacional (2003-2012)*

## SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

**El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho  
Internacional contemporáneo .....18**

Héctor Olásolo Alonso

**Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno  
a la cooperación con los Estados .....43**

Carolina Anello

## SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito  
y Steiner sobre Justicia Penal Internacional

**Autoria em casos de irresponsabilidade organizada:  
uma proposta de sistematização dos critérios do Tribunal  
Penal Internacional .....62**

Lucas Nogueira Garcez

**La doctrina de la empresa criminal conjunta  
en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación  
en el Estatuto de Roma ..... 86**

Miren Odriozola-Gurrutxaga

**Narcotráfico: ¿Un crimen de lesa humanidad  
en el Estatuto de Roma de la Corte  
Penal Internacional? ..... 105**

Salvador Cuenca Curbelo

**SECCIÓN DE RESEÑAS JURISPRUDENCIALES**  
Decisiones comentadas con el acompañamiento  
de la profesora Andrea Mateus Rugeles

## **CORTE PENAL INTERNACIONAL**

### **A. Decisiones relacionadas con la participación de víctimas dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. . 136**

Nicolás Sarmiento Santos

#### **Decisión de la Sala de Juicio I sobre los principios y procedimientos aplicados a las reparaciones, 7 agosto de 2012.**

*Situación en la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal contra a Thomas Lubanga Dyilo..... 136*

#### **Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la participación de las víctimas en la audiencia de confirmación de cargos, 29 de octubre de 2010.**

*Situación en Darfur, Sudan en el caso del Fiscal frente a Abadllah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus..... 141*

#### **Decisión de la Sala de Juicio V sobre la representación y participación de las víctimas, 3 de octubre de 2012.**

*Situación en la República de Kenia en el caso del Fiscal contra Mathaura y Kenyatta..... 141*

### **B. Decisión relacionada con la admisibilidad del caso . . . 143**

Nicolás López Guerrero

#### **Decisión de la Sala del Cuestiones Preliminares I sobre la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, 31 de mayo de 2013.**

*Situación de Libia en el caso del Fiscal contra Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi. .... 143*

### **C. Decisiones relativas a las modalidades de responsabilidad en el Estatuto de Roma y a la aplicación de la norma 55 del Reglamento de la Corte Penal Internacional sobre separación de cargos. .... 148**

Nicolás López Guerrero

#### **Decisión de la Sala de Primera Instancia II de conformidad con el Artículo 74 del Estatuto de Roma, 18 de diciembre de 2012.**

*Situación en la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal contra Mathieu Ngujolo Chui..... 148*

#### **Opinión concurrente de la jueza Cristine van den Wyngaert en relación con la Decisión de la Sala de Primera Instancia II de conformidad con el Artículo 74 del Estatuto de Roma, 18 de diciembre de 2012.**

*Situación en la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal contra Mathieu Ngujolo Chui..... 152*

**Decisión de la Sala de Primera Instancia II relativa a la aplicación de la Norma 55 del Reglamento de la Corte y de la separación de los cargos contra los acusados, 21 de noviembre de 2012.**

*Situación en la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal contra Germain Katanga y Mathieu Nğudjolo. .... 153*

**TRIBUNAL ESPECIAL PARA LÍBANO ..... 155**

Nicolás Sarmiento Santos

**Decisión de la Sala de Juicio sobre la impugnación que hace la Defensa de la competencia y legalidad del Tribunal Especial para Líbano**

*En el caso del fiscal contra Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra, 27 de julio de 2012. .... 155*

**SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA**

**Reseñas bibliográficas**

Reseña OLÁSULO ALONSO, H., Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional. En homenaje al profesor Augusto Ramírez Ocampo, Tirant lo Blanch - Universidad del Rosario - Universidad Sergio Arboleda - Instituto Iberoamericano de la Haya (IIH),

Valencia, 2013..... 161

Claudia Cárdenas

Reseña CÁRDENAS ARAVENA, C. y FUENTES TORRIJO, X. (coord.). *Corte Penal Internacional y jurisdicciones estatales. El principio de complementariedad*. Abeledo Perrot y Thomson Reuters,

Santiago de Chile, 2013..... 165

Natalia Luterstein

**Epílogo ..... 169**

Aljure Salame

*Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario y profesor de Derecho Internacional*

**Jurado internacional de la I Edición del Certamen**

**de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner ..... 171**

**Normas para la publicación en el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) ..... 183**

## Editorial

Cuando el profesor Héctor Olásolo, director del Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, me invitó a hacer la presentación de su primer volumen, le pregunté de qué se trataba este nuevo proyecto. Tras su explicación detallada, no pude sino aceptar escribir esta presentación, porque creo que va a constituir un aporte muy significativo en el conocimiento y la investigación del Derecho Internacional Penal en la región iberoamericana de donde provengo.

Lo primero que me llamó la atención es que, excepto el artículo inicial de cada número, que será escrito cada año por un autor ya consagrado en la materia, los demás textos corresponden a investigadores que se encuentran en sus primeros diez años de carrera profesional. De esta manera, se abren las puertas de la publicación a quienes, contando con una excelente formación, tienen dificultades para publicar documentos de notable calidad por el mero hecho de no ser todavía autores reconocidos en el ámbito internacional. Este es el caso de Lucas Nogueira Garcez, Salvador Cuenca Curbelo, Miren Odriozola-Gurrutxaga y Carolina Anello, cuyos trabajos se publican en este primer número del Anuario.

En segundo lugar, me pareció muy acertada la manera en que fueron elegidos los ensayos, puesto que son los ganadores del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional, que el Instituto Iberoamericano de La Haya, con el apoyo institucional de la Corte Penal Internacional y la Secretaría General Iberoamericana, celebran cada año como un medio para promocionar el estudio y la investigación del Derecho Internacional Penal en la región iberoamericana y en la que son tan necesarias las iniciativas de estas características. La selección de los artículos mediante el Certamen de Ensayos garantiza su máxima calidad, en tanto pasan por un doble filtro de evaluación anónima por expertos conocedores de la materia, como es el caso del jurado internacional de este año, compuesto por el magistrado de la Corte Penal Internacional entre 2003 y 2012, René Blattmann (Bolivia), el secretario general iberoamericano, Enrique Iglesias (Uruguay) y el catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Nuestra Señora del Rosario y presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya, Héctor Olásolo.

En tercer lugar, considero muy interesante la forma como se trabaja con los autores de los artículos seleccionados para publicación a lo largo de un período de cuatro meses, durante los cuales el equipo de dirección del Anuario, con el apoyo del Comité Editorial y del Comité Científico del mismo, asesoran a los autores para obtener trabajos de la más alta calidad.

En cuarto lugar, me parece destacable que los trabajos puedan ser publicados y difundidos en lenguas española y portuguesa, lo que permite acercarse a la región iberoamericana al análisis de una materia que, hasta el momento, se ha venido trabajando casi en exclusiva en lengua inglesa, con algunos trabajos en francés y en alemán. Prueba de ello es que el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal constituye la primera revista especializada en esta materia que se publica en tales lenguas. Esta es, sin duda, una de las novedades de esta publicación, que está en perfecta consonancia con el resto de actividades que en estas dos lenguas realiza cada año el Instituto Iberoamericano de La Haya, tanto en La Haya como en terceros países como Argentina, Brasil, Chile, Perú, Colombia, Venezuela, Costa Rica, El Salvador y España.

Por último, pero no menos importante, es el hecho de que el Anuario sea publicado por la Editorial de la Universidad del Rosario (Colombia), con el apoyo institucional de la casa editorial española Tirant lo Blanch y del Instituto Iberoamericano de La Haya. Ello, unido a su difusión gratuita mediante Internet, garantiza su mayor divulgación, lo que hará de él una publicación de máxima relevancia en el ámbito del Derecho Internacional Penal dentro del mundo iberoamericano. A esto contribuirá, sin duda, la experiencia de su director y la calidad de su Comité Editorial, del Científico y del Honorario, en el que se incluyen varios magistrados de la Corte Penal Internacional y profesores de la más alta calidad en la materia de prestigiosas universidades iberoamericanas, como la Universidad de São Paulo (Brasil), la UNAM (México), la Universidad de Buenos Aires, la Universidad de Costa Rica y la Universidad del Rosario (Colombia), por dar solo algunos ejemplos, así como europeas y norteamericanas como las universidades de Colonia, Leiden, Texas, Trento y Utrecht.

Con respecto a la importancia del estudio y la investigación de la materia del Anuario para nuestra región, basta solo con poner a consideración el proceso que se está viviendo en mi país, Brasil, en relación con los trabajos de la Comisión Nacional de la Verdad, creada por la Ley Federal 12.528 del 18 de noviembre de 2011. La Comisión tiene por objeto averiguar posibles violaciones a los derechos humanos ocurridas en el período del régimen militar brasileño y cuenta con el poder de solicitar ante las autoridades judiciales competentes la rectificación de

documentos públicos, como registros civiles y de defunción, para que consten los datos descubiertos por sus actividades de reconstrucción de la memoria histórica.

En ejercicio de sus funciones, la Comisión solicitó recientemente ante la jurisdicción estatal de São Paulo la rectificación del registro de defunción del periodista Wladimir Herzog, al concluir que murió en las dependencias del Destacamento de Operações de Informações-Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) en São Paulo, a causa de “las lesiones y malos tratos” sufridos por la víctima cuando se encontraba detenido en las citadas dependencias y no fruto de un suicidio, como se refleja en el registro de defunción original<sup>1</sup>.

Sin embargo, la petición de la Comisión contrasta con la decisión adoptada por la Sala de la Sección Segunda de Registros Públicos de São Paulo en el caso de João Batista Franco Drumond, la cual, tras alegar que “este caso se encuentra vinculado con el llamado Derecho a la Memoria y a la Verdad [...] reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gomez Lund *et al.* c. Brasil”, afirma la necesidad de rectificar el registro de defunción del señor Franco Drumond, para dejar constancia de que su muerte ocurrió en las dependencias del mismo DOI-CODI en São Paulo el 16 de diciembre de 1976 y fue provocada por un traumatismo craneoencefálico “causado por las torturas físicas” a las que fue sometido<sup>2</sup>.

Al reconocer la importancia jurídica, histórica y moral de ambos casos, no se comprende la distinta calificación jurídica que han recibido los hechos; mientras en el caso de Franco Drumond la muerte de la víctima fue calificada como resultado de “torturas físicas”, en el caso de Wladimir Herzog se indicó como producto de “lesiones y malos tratos”.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina internacional, incluyendo la de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, la tortura tiene un estigma especial que la distingue de las demás formas de malos tratos o tratamientos inhumanos, crueles o degradantes. Esto es consecuencia de que la prohibición contra la tortura se contiene en una norma de *ius cogens*, por lo que es inderogable incluso en situaciones de conflicto armado, cuando el ejercicio de ciertos derechos fundamentales puede ser suspendido. Además, la naturaleza imperativa de la norma que prohíbe la tortura hace que los Estados tengan no solo la obligación de prevenir y sancionar los actos de esta naturaleza, sino también de castigarlos

1 Para un mayor desarrollo de esta cuestión, vid. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 21, núm. 100, enero-febrero de 2013, pp.563-567.

2 Acción de rectificación, supresión o restauración del registro civil n. 0059583-24.2011.8.26.01000, solicitante Maria Ester Cristelli Drumond, sentencia de 20 de abril de 2012.

o hacerlos castigar. Esta última obligación se refleja en el principio *aut dedere aut judicare*, que constituye el fundamento jurídico del principio de justicia universal.

Por esta razón, dos convenciones contra la tortura ratificadas por Brasil tratan la tortura de forma autónoma, atribuyéndole una serie de consecuencias que no se extienden necesariamente a las conductas de “malos tratos”.

Es cierto que el delito de tortura solo se introdujo en el ordenamiento interno brasileño con la Ley 9.455, de 7 de abril de 1997. Hasta entonces, los actos de tortura eran sancionados como delitos de malos tratos o, en razón de su resultado, como delitos de lesiones corporales con resultado de muerte, en su caso, en concurso con el delito de abuso de autoridad.

Si bien no creemos que la calificación de “malos tratos” otorgada por la Comisión Nacional de la Verdad se haya debido en exclusiva al recurso a la normativa penal existente en Brasil en el momento de producirse los hechos, sí nos parece necesario que la Comisión Nacional de la Verdad desarrolle su importante función de rescate de la verdad y preservación de la memoria, caracterizando las conductas de acuerdo con lo recogido durante décadas en la jurisprudencia y la doctrina internacionales.

Sin lugar a dudas, el Anuario que aquí se presenta constituirá una excelente herramienta para que los actores jurídicos nacionales tengan acceso a esa jurisprudencia y doctrina, de manera que, como ha ocurrido con la Comisión de la Verdad de Brasil, no se sigan calificando las conductas constitutivas de tortura como simples hechos de “malos tratos”.

La Haya, mayo 30 de 2013

Sylvia Steiner  
*Magistrada de la Corte Penal Internacional*

## Presentación

Al término de la Primera Guerra Mundial, no fue posible juzgar al káiser como responsable supremo del conflicto, tal y como lo previó el Tratado de Versalles, por razones políticas de los intereses en juego entre las potencias vencedoras de esa terrible primera gran guerra del siglo XX. Con el paso del tiempo, las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial acabarían convenciéndose de que un juicio era necesario y posible.

Desde 1942, el Gobierno británico empezó a pensar en esa delicada cuestión de la responsabilidad individual de militares y civiles en los crímenes que venían cometiendo los nazis en la guerra, pero en esa época no se veía plausible ni conveniente someter a procesos judiciales a los posibles responsables. El propio Winston Churchill revivió la vieja idea —abolida en la ley inglesa desde 1938— de los “fuera de ley” y propuso que los fusilaran ahí donde fueran capturados. La preferencia inglesa por las ejecuciones sumarias duró hasta el mismo final de la guerra en 1945 y el propio presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt llegó a estar convencido, antes de su muerte en abril de 1945, de que era la solución más práctica.

No obstante, en agosto de 1945, los aliados victoriosos se reunieron en Londres y firmaron un acuerdo, mediante el cual se creaba un Tribunal Militar Internacional para juzgar a los más prominentes líderes alemanes acusados de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Para llegar al acuerdo en Londres, firmarlo y aprobar la Carta del Tribunal de Núremberg, anexada al mismo, las discusiones fueron intensas y arduas entre los juristas estadounidenses, ingleses, franceses y soviéticos: ¿Quiénes serían acusados y de qué se les acusaría? ¿Quiénes actuarían como jueces y fiscales? ¿Cuáles serían los procedimientos a seguir? ¿Dónde recolectarían los elementos de prueba? ¿Cómo garantizarían el debido proceso? Numerosas dificultades y problemas desde el punto de vista jurídico que solo se resolvieron mediante compromisos políticos entre las potencias vencedoras. Aún hoy se sigue discutiendo que la definición de los cargos y la escogencia de los acusados fue todo un ejercicio de arbitrariedad por parte de los líderes aliados.

En retrospectiva, se puede afirmar que el Tribunal de Núremberg no buscaba tanto la aplicación de principios de Derecho Internacional vigente entonces, como establecer nuevas reglas de conducta entre quienes participaran en conflictos armados internacionales y fijar parámetros a las violaciones de derechos humanos susceptibles de ser cometidas en esos conflictos. Los aliados occidentales buscaban definir una nueva moral y un nuevo orden político en las relaciones internacionales. De esta manera, pese a todas las críticas, el Tribunal de Núremberg y su sentencia final provocaron un fundamental cambio de paradigma en la historia del Derecho Internacional, al afirmar que este último no solo se limitaba a crear obligaciones para los Estados, sino que también generaba obligaciones con respecto a los individuos. Con ello se establecía la piedra fundacional de la moderna justicia internacional penal.

Además de dar nacimiento a una nueva rama del Derecho Internacional, que hoy conocemos como Derecho Internacional Penal, este nuevo paradigma permitió el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se inicia con la Declaración Universal y la Convención para la Prevención y Castigo del Genocidio —ambas de 1948— y que, desde entonces, se ha desarrollado tanto en el ámbito de su promoción y protección, como a partir de prohibiciones de conductas que pasan a ser crímenes internacionales como el genocidio, la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones sumarias, el tráfico internacional de personas y otros instrumentos similares que señalan responsabilidades penales individuales. Además, es también en este momento cuando se expande de manera notable el Derecho Internacional Humanitario con la suscripción de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949.

Ahora bien, conviene notar que, en el paradigma surgido de los Tribunales de Núremberg, las víctimas de los delitos atroces cometidos durante la Segunda Guerra Mundial no son consideradas. Ninguna de las víctimas sobrevivientes de los crímenes nazis participó en los procedimientos, más allá de rendir testimonios muy puntuales y a veces hasta anecdóticos. Asimismo, la violencia sexual que existió en esa guerra y de la que fueron víctimas miles y miles de mujeres de todas nacionalidades y de parte de todos los ejércitos, no se menciona ni una sola vez en las más de setecientas páginas de la sentencia final de Núremberg.

En 1993, el Consejo de Seguridad, al amparo del Capítulo VII de la Carta de la ONU, adoptó la Resolución 808, en la que creaba un Tribunal Internacional *ad hoc* encargado de “juzgar a las personas responsables de serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991”. Con ello, cincuenta años después del Tribunal de Núremberg, una

decisión eminentemente política del máximo órgano político de la ONU daba vida a un órgano judicial, en medio de acervadas críticas de académicos y políticos.

Se dijo entonces que las potestades del Consejo para velar por la paz y la seguridad internacionales, contenidas en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, no autorizaban la creación de un órgano judicial. Se dijo también que sería un Tribunal de “mentirillas”, mera fachada del Consejo para lavarse las manos por no poder detener las masacres. Sin embargo, constituyó, sin duda, una decisión sin precedentes en la diplomacia internacional, al crearse un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, al cual el Consejo le ordenaba cumplir sus funciones al margen de consideraciones políticas y sin estar sujeto en el cumplimiento de sus funciones judiciales a la autoridad o control del Consejo de Seguridad.

Idéntica respuesta dio el Consejo de Seguridad un año después, en 1994, ante la crisis en Ruanda, al crear el Tribunal Internacional *ad hoc* para juzgar a los responsables del genocidio allí cometido.

Ambos tribunales *ad hoc* han trabajado durante casi veinte años, con aportes incuestionables tanto al desarrollo del Derecho Internacional Penal como a los mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos. Fruto de jurisprudencia, la exigencia de un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y la existencia de un conflicto armado desapareció y se reconoció la tipificación de la violencia sexual como crimen de guerra, crimen contra la humanidad e incluso genocidio. Toda esta jurisprudencia se recogería en los Artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. De esta forma, el paradigma de justicia penal internacional que nació en Núremberg cobró nueva vida y dimensiones con los TPIY y TPIR, aunque todavía no incluyó a las víctimas de los crímenes atroces como actores directos en los procesos contra sus responsables.

La aspiración de contar con una Corte Penal Internacional permanente —que permitiera terminar con la impunidad de los responsables de crímenes tan atroces como los acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial— nunca abandonó del todo el quehacer de políticos, académicos y de la sociedad civil, como lo reflejan los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas desde su creación en 1947 y las Convenciones contra el Genocidio (de 1948) y la Tortura (de 1984), por citar solo dos de los instrumentos jurídicos internacionales en los que se afirma la necesidad de esa Corte. Robert Jackson, fiscal jefe en el juicio de Núremberg, explicó los motivos de esta aspiración, tras subrayar en su presentación del caso que permitir a los máximos criminales de guerra vivir con tranquilidad para escribir sus memorias en paz resultaría una burla intolerable para los muertos y convertiría en cínicos a los vivos. El trabajo de los Tribunales *ad hoc* dio un

impulso decisivo a este proyecto y así, el 17 de julio de 1998, más de 120 Estados aprobaron el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en la Conferencia Plenipotenciaria de Roma. Cuatro años después, el Estatuto entraría en vigor tras su ratificación por sesenta Estados.

El Estatuto de Roma le encarga a la Corte Penal la difícil tarea de poner fin a la impunidad y prevenir la comisión de crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y agresión, en tanto constituyen, según dice su Preámbulo, una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Con su aprobación, los plenipotenciarios reunidos en Roma mostraron una inequívoca voluntad política de la comunidad internacional de instaurar un nuevo paradigma de justicia internacional penal, regido por la necesidad de que los autores de crímenes atroces respondan por los mismos y por el imperativo de permitir a las víctimas que participen con voz propia en los procesos y reciban reparaciones. Además, este nuevo paradigma se sostiene sobre el principio de complementariedad, como principio rector de las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la Corte Penal, de manera que esta última solo ejercitará su competencia ante la falta de actuación, de disposición o de capacidad de los Estados.

Desde su creación, en los últimos diez años se han abierto investigaciones en ocho situaciones —Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Kenia, Libia, Malí, República Centroafricana, República Democrática del Congo y Uganda— y se han desarrollado exámenes preliminares en otra decena de situaciones —Afganistán, Corea, Colombia, Georgia, Guinea, Honduras, Iraq, Palestina, Nigeria y Venezuela—. La Corte ha emitido veintiún órdenes de arresto y cinco individuos se encuentran en este momento detenidos en las instalaciones penitenciarias de la Corte en La Haya, incluyendo a Thomas Luganba Dyilo, contra quien se dictó la primera sentencia condenatoria el 14 de marzo de 2012.

Si se observan los propósitos para los cuales fue creada la Corte Penal —juzgar a los máximos responsables de los crímenes más atroces para la comunidad internacional, prevenir su comisión, dar voz y proveer reparaciones para las víctimas— lo hecho hasta ahora está muy lejos de lo esperado (dos sentencias, tres juicios orales, una decena de audiencias de confirmación de cargos). En particular, es preocupante el hecho de que no haya sido posible ejecutar las órdenes de arresto contra los jefes de Estado en ejercicio de Sudán (Omar al Bashir) y Kenia (Uhuru Kenyatta). Asimismo, la participación de las víctimas, tanto en instancia preliminar, como en la etapa de juicio, es apenas simbólica y está muy lejos de cumplir con lo que se proponía el Estatuto, al diseñar su nuevo paradigma de justicia internacional penal.

En mi opinión, la razón última de esta situación se encuentra en el propio Preámbulo del Estatuto de Roma, donde se afirma que, para que los crímenes no queden sin castigo, “hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional”. Sin embargo, lo que ocurre es que cada vez existe menos cooperación internacional.

Esta falta de voluntad política de los Estados parte tiene tres manifestaciones cruciales: (i) no se detiene a los acusados; (ii) no se otorgan a la Corte los recursos económicos e institucionales suficientes para llevar a cabo con éxito y seguridad las investigaciones y la recolección de pruebas; y (iii) no se adoptan las medidas necesarias a escala nacional para implementar el Estatuto de Roma (ni la mitad de los 121 Estados parte han adoptado al día de hoy una legislación nacional de implementación).

Es grave la primera manifestación, puesto que la Corte nunca podrá detener a los acusados porque carece de los medios jurídicos y materiales para hacerlo. Nunca se previó que la Corte pudiera actuar directamente sobre estos efectos. Son los Estados, los que son parte y los que no lo son, los que tienen la obligación de ejecutar las solicitudes de detención y entrega de la Corte, pero, en buena medida, no lo están haciendo.

Conviene recordar que si el TPIY está cerrando su trabajo al juzgar a los últimos tres de los máximos responsables de las masacres en la antigua Yugoslavia (Karadzic y Mladic dos de ellos), tras el juicio desarrollado contra el expresidente de la Federación Yugoslava, Slobodan Milosevic (quien murió en prisión durante el proceso), es porque la Unión Europea ha dispuesto toda su diplomacia y voluntad política para “convencer” a la República Serbia de que los entregara. No fue fácil, obviamente, pero era el compromiso político a cumplir por Serbia para ser admitida como miembro de la Unión.

De manera similar, Nigeria terminó entregando al expresidente Charles Taylor a la Corte Especial de Sierra Leona, que lo juzgó y condenó por múltiples crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en Liberia y Sierra Leona, debido a la presión internacional de los países africanos y de otros fuera del continente, como Estados Unidos y Reino Unido.

Es evidente que la CPI tiene un desafío mucho más complicado que los ejemplos aquí mencionados, pero lo cierto es que lo que se interpreta a la ligera como ineficiencia de la Corte en el cumplimiento de sus responsabilidades, tiene mucho que ver con la acusada falta de voluntad política de los Estados.

A este respecto, es de crucial importancia la relación entre la Corte y el Consejo de Seguridad. En la primera década de la CPI, la relación con el Consejo ha sido

respetuosa de los ámbitos de competencia de cada cual. Las dos Resoluciones del Consejo por las que se remiten a la Corte las situaciones de Darfur y Libia (una de marzo de 2005, adoptada con cuatro abstenciones, entre ellas, la de Rusia y China y otra del 26 de febrero de 2011, adoptada por unanimidad) constituyen hitos trascendentales para el sistema de justicia internacional establecido en el Estatuto. De particular importancia es esta última Resolución, pues en su redacción el Consejo vinculó, por primera vez, la necesidad de que exista justicia con la paz y la seguridad internacionales. Esto constituye un enorme progreso, porque hasta ahora se ha escuchado con demasiada frecuencia que para que haya paz es necesario sacrificar la justicia, lo cual, la experiencia nos ha demostrado en repetidas ocasiones que no es cierto, al no poder alcanzarse una paz estable sin justicia.

Por ello, no puedo sino concordar con mi colega, la magistrada Sylvia Steiner, en la gran pertinencia de una publicación como la que aquí se presenta, dedicada en exclusiva al análisis de una problemática de enorme actualidad y relevancia internacional y que atañe a lo más esencial de la dignidad humana. Además, el hecho de que se trate de la primera revista de estas características en lenguas española y portuguesa constituye, sin duda, un importante paso adelante para el desarrollo del Derecho Internacional Penal en la región iberoamericana, puesto que ofrece un instrumento accesible para su estudio e investigación. Esto se ve fortalecido por el hecho de que la presente publicación tenga como objetivo publicar los mejores ensayos del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal, organizado desde el Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH), con el apoyo institucional de la Corte Penal Internacional y la Secretaría General Iberoamericana, que en su primera edición de 2012 se celebró en dieciséis países de Iberoamérica.

En consecuencia, no me queda más que felicitar, en primer lugar, al director del Anuario y verdadero promotor de esta magnífica iniciativa, el profesor Héctor Olá-solo, así como a la Editorial de la Universidad del Rosario en Bogotá, que publica la revista y a la editorial española Tirant lo Blanch y al Instituto Iberoamericano de La Haya, que con su apoyo institucional constituyen un aval muy importante de la calidad y función social de la publicación.

Washington, junio 1 de 2013

Elizabeth Odio Benito  
*Magistrada de la Corte Penal Internacional (2003-2012)*

# SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

**El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo**

*Héctor Olásolo Alonso*

**Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados**

*Carolina S. Anello*

# El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo

Héctor Olásolo Alonso\*

Fecha de recepción: febrero 26 de 2013.

Fecha de aprobación: abril 20 de 2013.

Para citar este artículo: OLÁSOLO, H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1, 2013, pp. 18-42.

## Resumen

El presente trabajo aborda la evolución y el contenido actual del principio *nullum crimen sine iure* en el ordenamiento jurídico internacional. Analiza su desarrollo desde su configuración —al término de la Segunda Guerra Mundial como un “principio de justicia”— hasta su actual definición como un “derecho subjetivo individual” limitativo de la soberanía de los Estados. Explica que no debe ser un tipo específico de norma (en particular, una norma escrita con rango de ley) la que determine el carácter punible de una conducta; antes de su comisión solo exige que la misma sea constitutiva de delito conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate. Por último, analiza cómo se configura con base en los requisitos de la accesibilidad de la norma que recoge la conducta prohibida, y la previsibilidad de la responsabilidad penal en la que incurre su autor en el momento de ejecutarla.

**Palabras clave:** *nullum crimen*, principio de legalidad, accesibilidad, previsibilidad, costumbre, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

\* Magíster en Derecho, por la Universidad de Columbia, licenciado y premio extraordinario de doctorado por la Universidad de Salamanca. Presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), profesor titular de carrera en la Universidad del Rosario y director de la Clínica Jurídica sobre Derecho Internacional Humanitario de dicha Universidad. También ha sido letrado de Sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010), miembro de la asesoría jurídica y de la sección de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (2002-2004); miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York (1999-2002) y catedrático de Derecho Penal y Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht (febrero 2009-septiembre 2012). El autor ha escrito una docena de monografías y más de cincuenta artículos en revistas de reconocido prestigio en español e inglés. Correo electrónico: hector.olasolo@urosario.edu.co

## Abstract

This paper deals with the evolution and current content of the *nullum crimen sine iure* principle in international law. It analyses the development of the *nullum crimen* principle from its definition as a principle of justice at the end of Second World War, to its current definition as an individual right imposing a limitation upon States' sovereignty. The article also explains that, nowadays, the *nullum crimen* principle requires for the relevant conduct to be a crime at the time of its commission, according to any of the sources of criminal law in the relevant national or international legal system. No written law is necessarily required. As a result, accessibility and foreseeability are the main elements of the *nullum crimen* principle in current international law.

**Keywords:** *nullum crimen*, legality, accessibility, foreseeability, custom, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

## Resumo

O presente trabalho aborda a evolução e o conteúdo atual do princípio *nullum crimen sine iure* no ordenamento jurídico internacional. Analisa seu desenvolvimento desde sua configuração ao terminar a Segunda Guerra Mundial como um “princípio de justiça”, até sua atual definição como um “direito subjetivo individual” limitativo da soberania dos Estados. Explica como não requiere que seja um tipo específico de norma (em particular, uma norma escrita com rango de lei) a que deve determinar o caráter punível de uma conduta antes de sua comissão, exigindo unicamente que esta seja constitutiva de delito conforme ao sistema de fontes previsto para a criação do direito penal no ordenamento jurídico nacional ou internacional que seja tratado. Finalmente, analisa como se configura com base nos requisitos da acessibilidade da norma que recolhe a conduta proibida e a previsibilidade da responsabilidade penal em que incorre seu autor no momento de realiza-la.

**Palavras-chave:** Nullum Crime, Princípio de Legalidade, Acessibilidade, Previsibilidade, Costume, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

## I. Introducción

Los tres principales elementos del principio de legalidad penal constituyen en la actualidad parte del Derecho Internacional general y se encuentran en proceso de consolidación como normas de *ius cogens*<sup>1</sup>. El primero, referido en este trabajo como *nullum crimen sine iure*, consiste en la prohibición del surgimiento de responsabilidad penal por conductas que, en el momento de llevarse a cabo, no eran constitutivas de delito según el Derecho nacional o internacional aplicable<sup>2</sup>. Los otros dos elementos son el principio *nulla poena sine iure*<sup>3</sup> y el principio de responsabilidad individual y prohibición de los castigos retroactivos<sup>4</sup>.

Este trabajo se centra en analizar la evolución y el contenido actual del principio *nullum crimen sine iure* en el ordenamiento jurídico internacional. Para ello, se aborda su desarrollo, desde su configuración al término de la Segunda Guerra Mundial como un “principio de justicia”, hasta su actual definición como un “derecho subjetivo individual” limitativo de la soberanía de los Estados.

A continuación, se analiza el contenido de dicho principio en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de Derechos Humanos, la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales y los sistemas nacionales que no siguen la tradición romano-germánica, mostrando que los mismos construyen el principio *nullum crimen sine iure* sobre la base de dos elementos fundamentales: (i) la exigencia de que la conducta sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate (sin requerirse, por tanto, que el carácter punible de la conducta deba establecerse en un tipo específico de norma jurídica, como la norma escrita con rango de ley) y (ii) los requisitos de accesibilidad de la norma que recoge la conducta prohibida y previsibilidad de la responsabilidad penal en que incurre su autor en el momento de ejecutarla.

Más adelante, se estudia el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en el que, al igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales de tradición romano-germánica, se ha extendido el contenido del principio *nullum crimen sine iure*, al requerir la previa determinación del carácter punible de la conducta por norma escrita con rango de ley y sustituir los requisitos de accesibilidad

1 MERON, T., *War Crimes Law Comes of Age*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 244; LAMB, S., “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, en A. CASSESE, P. GAETA y J. R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 735; HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, regla 101, p. 371.

2 GALLANT, K., *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 352-359.

3 Ibid.

4 Ibid.

y previsibilidad por aquellos de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*. En esta sección se examinan las razones que han llevado a esta extensión y se alerta frente a la potencial violación de los deberes de investigación y enjuiciamiento de los Estados y del principio hermenéutico *pro homine*, que resultaría de la aplicación formal de estos últimos requerimientos en situaciones constitutivas de delitos de lesa humanidad (en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad), en particular cuando dichos crímenes han sido promovidos o consentidos desde las propias instituciones públicas.

Después, se procede a analizar el contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el sistema del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI) y se observa cómo la tipificación de los delitos —que impide la jurisdicción de la CPI sobre aquellos crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto— evita que la aplicación de los requisitos de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta* provoque el tipo de problemas que se generan en el ámbito del Sistema Interamericano, a causa de la ausencia del tipo de “delitos de lesa humanidad” en la gran mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros del Sistema hasta la primera década del siglo XXI.

Llegados a este punto, se examina cómo la extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el Sistema Interamericano y el Estatuto de Roma no abarca, en ningún caso, las cuestiones jurisdiccionales, procesales y procedimentales que, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de dicho principio en los sistemas universal y regionales de protección de derechos humanos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales y de la CPI. Esto marca una importante diferencia con ciertos ordenamientos jurídicos nacionales, que han extendido el principio de legalidad penal a determinados aspectos de la legislación procesal mediante la cual el Estado ejercita su potestad punitiva<sup>5</sup>.

En la conclusión se observa, por un lado, que el Derecho Internacional no prohíbe *per se* la extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* operada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la CPI, si bien se subraya que dicha extensión puede llevar, en particular para los Estados parte del Sistema Interamericano, al incumplimiento de sus deberes de investigación y enjuiciamiento, así como de su obligación de garantizar el pleno disfrute del derecho a un recurso judicial efectivo a las víctimas de delitos de lesa humanidad.

5 Véase a este respecto el Artículo 29 de la Constitución de Colombia y su interpretación por la Sentencia C-562 (2005).

## II. La evolución del principio *nullum crimen sine iure* en el ordenamiento jurídico internacional: de “principio de justicia” a “derecho subjetivo individual”

Al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando fueron establecidos el Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Núremberg o IMT), el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio o IMTFE) y los tribunales militares aliados operativos en cada una de las cuatro zonas en las que Alemania había sido dividida en 1945 a efectos de su administración, el Derecho Internacional de la época consideraba al principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia que no daba lugar a derechos subjetivos individuales ni limitaba la soberanía del Estado.

Así se refleja en la sentencia del Tribunal de Núremberg del 1 de octubre de 1946, en la que se subraya que, según la normativa internacional que regulaba las situaciones de ocupación, cada uno de los Estados aliados que ocupaban Alemania (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética) tenían el derecho propio de establecer tribunales especiales y determinar las acciones u omisiones constitutivas de delito sobre las que dichos tribunales tenían jurisdicción<sup>6</sup>. En consecuencia, la Carta de Londres, por la que se creó el Tribunal de Núremberg el 8 de agosto de 1945 y se definió su Estatuto, constituía un ejercicio del poder legislativo soberano que el Derecho Internacional atribuía a los Estados a los que el Gobierno de la Alemania nazi se había rendido de manera incondicional<sup>7</sup>.

En este contexto, el principio *nullum crimen sine iure* no podía ser entendido como una limitación impuesta por el ordenamiento internacional al Derecho de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética a legislar mediante la creación del Tribunal y la definición de los delitos contenidos en su Estatuto, sino que, tal y como han afirmado Donnedieu de Vabres<sup>8</sup> y Gallant<sup>9</sup>, se configuraba como un principio de justicia que podía ser legítimamente inaplicado por la voluntad soberana de los Estados legisladores.

Es por ello que el principal argumento esgrimido por el Tribunal de Núremberg para rechazar las alegaciones presentadas por la defensa sobre la presunta violación del principio *nullum crimen sine iure* consistió en que los delitos imputados habían sido incluidos en el Estatuto del Tribunal por la voluntad soberana de los Estados

6 INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, Judgment, de 1 de octubre de 1946, *IMT Trial*, vol. 1, pp. 173–174, 218, 228, 232, 243, 253.

7 Id., p. 228.

8 DONNEDIEU DE VABRES, H., “Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international”, *Recueil des Cours*, vol. 70, núm. 1, 1947, p. 574.

9 GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 113-114, 241, 343.

legisladores. Solo como argumento subsidiario, el Tribunal analizó si cada uno de dichos delitos había sido definido por el Derecho Internacional cuando se iniciaron las hostilidades el 1 de septiembre de 1939<sup>10</sup>.

El consenso reflejado en la sentencia del Tribunal de Núremberg en la caracterización del principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia dio paso, apenas dos años después, a varios votos particulares a la sentencia del Tribunal de Tokio que rechazaban tal posición. Así, los magistrados Rolling<sup>11</sup>, Bernard<sup>12</sup> y Pal<sup>13</sup> objetaron la configuración del principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia que permitía su aplicación flexible, dado su sometimiento a la voluntad de los Estados soberanos y afirmaron su configuración como un derecho subjetivo individual que imponía a los Estados la obligación de respetarlo en la administración de la justicia penal. De esta manera, se ponían de manifiesto las notables divisiones existentes entre los juristas de la época sobre la naturaleza del principio *nullum crimen sine iure*.

En las tres décadas siguientes se produjo una significativa evolución de la naturaleza de este principio, hasta consagrarse como un derecho subjetivo individual generador de una auténtica obligación para los Estados, que limitaría sin excepción el ejercicio de su poder soberano. Entre 1948 y 1978, la nueva naturaleza del principio *nullum crimen sine iure* fue acogida, con carácter inderogable incluso en situaciones de estado de excepción, en:

- (i) Los instrumentos internacionales de carácter universal de protección de los derechos humanos en particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)<sup>14</sup>, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>15</sup> y la Convención para la Protección de los Derechos del Niño<sup>16</sup>.
- (ii) Los instrumentos internacionales de carácter regional de protección de derechos humanos, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>17</sup>, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>18</sup> y las más recientes Carta

10 INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, cit., p. 219.

11 Voto particular del juez Roling, INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST, Judgment, de 4 de noviembre de 1948, *IMTFE Records*, vol. 109, pp. 4-5, 11-48.

12 Voto particular del juez Bernard, INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST, Judgment, de 4 de noviembre de 1948, *IMTE Records*, vol. 105, pp. 1-15.

13 Voto particular de juez Pal, id., pp. 56-66.

14 Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 diciembre de 1948, Art. 10.

15 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, Art. 15.

16 Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, Artículo 40 (2)(a).

17 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Art. 7.

18 Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, Art. 9.

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>19</sup> y la Carta Árabe de los Derechos Humanos<sup>20</sup>.

- (iii) Las disposiciones contenidas en la tercera y cuarta Convenciones de Ginebra, así como en sus dos Protocolos Adicionales de 1977<sup>21</sup>, donde por primera vez se impone de manera explícita a los Estados la obligación de respetar el principio de legalidad en el marco de los conflictos armados internos, es decir, en aquellas situaciones en las que los Estados tienen una mayor tensión, puesto que enfrentan una lucha por su supervivencia o la del régimen político imperante en los mismos<sup>22</sup>.
- (iv) Las constituciones y las disposiciones legislativas nacionales<sup>23</sup> (todos los Estados pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, excepto Bután y Brunei, han adoptado el principio *nullum crime sine iure* en sus Constituciones, en sus normas legislativas o por medio de su vinculación a tratados internacionales donde se recoge el mismo)<sup>24</sup>.

La configuración del principio *nullum crimen sine iure* como un derecho subjetivo individual ha sido también acogida en los instrumentos constitutivos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales e internacionalizados penales surgidos en los últimos veinte años<sup>25</sup>, como se refleja en las decisiones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en los casos Tadic<sup>26</sup> y Milutinović<sup>27</sup>, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el caso Akayesu<sup>28</sup> y de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) en el caso Norman<sup>29</sup>.

19 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de junio de 1981, Art. 7.

20 Carta Árabe de los Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2004, Art. 15.

21 Convención de Ginebra III, Art. 93; Convención de Ginebra IV, Art. 65, ambas de 12 de agosto de 1949. Vid. También Protocolo Adicional I de 1977, Art. 75 (4) (c) y Protocolo Adicional II, Artículo 6 (2) (c), ambos de 8 de junio de 1977; vid. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary IHL*, vol. I, cit., regla 101 y la documentación que en apoyo de la misma se presenta en el vol. II de esta misma obra, pp. 2493-2500.

22 Para el Comité Internacional de la Cruz Roja, el núcleo central del principio de legalidad penal en la actualidad parte del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Vid. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary IHL*, Vol. I, cit., regla 371.

23 Más de cien Constituciones nacionales recogen el principio *nullum crimen sine iure*. vid. GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 553-577.

24 GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., p. 241.

25 Id., pp. 325-330.

26 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision (Appeals Chamber) on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Caso Núm. IT-94-I-T, de 2 de octubre de 1995, párr. 143.

27 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic, Decision on Dragoljub Ojdanic' Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise*, Caso Núm. IT-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2003, párr. 9.

28 TPIR, Sala de Primera Instancia, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement*, Caso Núm. ICTR-96-4-T, de 2 de septiembre de 1998, párr. 617.

29 CESL, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. San Hinga Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction*, Caso Núm. SCSL 04-14-AR72(E), de 31 de mayo de 2004, párr. 25.

De ahí que se pueda afirmar que la nueva naturaleza del principio *nullum crimen sine iure* hoy en día forma parte del Derecho Internacional general desde un doble ámbito: como costumbre internacional de aplicación universal y como principio general del Derecho, que es común a las Naciones que conforman la comunidad internacional<sup>30</sup>. Además, según eminentes publicistas como Meron y Gallant, habría adquirido —o estaría en proceso de adquirir— el rango de norma de *ius cogens*<sup>31</sup>. Esto hace que sea oponible frente a: (i) los tribunales nacionales (con independencia de que los mismos respondan a una tradición de Derecho común, romano-germánica, islámica, exsoviética, china o japonesa)<sup>32</sup>; (ii) los tribunales establecidos por acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales (como es el caso de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>33</sup> o la CESL<sup>34</sup>); (iii) los tribunales creados por las Administraciones Provisionales de las Naciones Unidas en territorios como Timor Oriental<sup>35</sup> y Kosovo<sup>36</sup>; (iv) los Tribunales Penales Internacionales en sentido estricto, con independencia de que hayan sido instaurados por Estados (como es el caso de la Corte Penal Internacional<sup>37</sup>) o por organizaciones internacionales (como es el caso del TPIY<sup>38</sup>, el TPIR<sup>39</sup> y el Tribunal Especial para Líbano<sup>40</sup>).

30 MERON, T., *War Crimes*, cit., p. 244; LAMB, S., “Nullum Crimen”, cit., p. 735; HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary IHL*, Vol. I, cit., regla 101, p. 371.

31 MERON, T., *War Crimes*, cit., p. 244; GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 315-316.

32 GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 265-271.

33 Vid. “Draft Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea”, que fue aprobado y anexo al *Khmer Rouge Trials*, G.A. Res. 57/228B, Doc. Núm. A/RES/57/228B, de 22 mayo de 2003, Art. 12 (2). Esta disposición incorpora los Artículos 14 y 15 del PIDCP.

34 CESL, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. San Hinga Norman*, cit., párr. 25.

35 MISIÓN DE ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN TIMOR ORIENTAL (UNTAET), *Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offenses*, Doc. Núm. UNTAET/REG/2000/15, de 6 de junio de 2000, secc. 12-13. Vid. FERDINANDUSSE, W. N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, TMC Asser Institute, La Haya, 2006, pp. 225-226.

36 MISIÓN DE ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN KOSOVO (UNMIK), *Regulation Núm. 2000/59 on the Law Applicable in Kosovo*, Doc. Núm. UNMIK/REG/2000/59, secciones 1.3 y 1.4. Este reglamento modifica el Reglamento Núm. 1999/24, de 10 de junio de 1999.

37 Artículos 22 a 24 del Estatuto de Roma de la CPI.

38 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit., párr. 143; TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, cit., párr. 9.

39 TPIR, SALA DE PRIMERA INSTANCIA, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., párr. 617.

40 Vid. UN SECRETARY GENERAL, *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon*, UN Doc. S/2006/893, de 15 noviembre de 2006, párr. 11-26.

### III. El contenido del principio *nullum crimen sine iure* en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos

El principio *nullum crimen sine iure* es recogido en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 de la CEDH con idéntica formulación: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional”. Su finalidad, como la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH) ha subrayado en los casos *Kononov* frente a Letonia (2010)<sup>41</sup>, *Korbely* frente a Hungría (2008)<sup>42</sup>, *Jorgic* frente a Alemania (2007)<sup>43</sup> y *Streletz, Kessler y Krenz* frente a Alemania (2001)<sup>44</sup>, constituye la provisión de una garantía efectiva contra las investigaciones, enjuiciamientos y condenas arbitrarias, siendo irrelevante si la criminalización de la conducta se ha producido mediante el Derecho nacional o el Derecho Internacional, con tal de que la misma sea constitutiva de delito en el momento de llevarse a cabo.

Los Artículos 15 del PIDCP y 7 de la CEDH contienen, además, un segundo párrafo en el que se prevé que:

[...] el presente Artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional<sup>45</sup>.

Sin embargo, este último párrafo no añade nada nuevo a la expresión “Derecho nacional o internacional”, puesto que los principios generales del Derecho al que se refiere son fuente principal del Derecho Internacional, según el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>46</sup>. En consecuencia, su presencia solo se comprende desde la voluntad de sus redactores de reafirmar en forma expresa la legitimidad de los principios recogidos en la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, como se reflejan en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, 177 (II), de 21 de noviembre

41 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, Aplicación Núm. 36376/04, de 17 de mayo de 2010, párr. 185.

42 CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, Aplicación Núm. 9174/02, de 19 de septiembre de 2008, párr. 69-71.

43 CtEDH, *Caso Jorgic c. Alemania*, Aplicación Núm. 74613/01, de 12 de julio de 2007, párr. 101-109.

44 CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, Aplicaciones Núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, de 22 de marzo de 2001, párr. 50.

45 El Artículo 7 de la CEDH utiliza la expresión “Naciones civilizadas” en lugar de “Comunidad Internacional”, que es la expresión que se recoge en el Artículo 15 del PIDCP.

46 En el mismo sentido, Vid. GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 191-200.

de 1947y 488 (V), de 12 de diciembre de 1950 y el informe presentado sobre los mismos por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1950<sup>47</sup>.

La formulación del principio *nullum crimen sine iure* contenida en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 de la CEDH no requiere que sea un tipo específico de norma (por ejemplo, una norma escrita con rango de ley) la que deba determinar el carácter punible de una conducta antes de su comisión. Lo que se exige es que la misma sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate<sup>48</sup>.

Las fuentes de Derecho interno, por medio de las cuales se cumple con el principio *nullum crimen sine iure*, incluyen tanto los precedentes judiciales en los países de tradición de Derecho común (entre ellos, Reino Unido, Australia o numerosos Estados del Caribe<sup>49</sup>), como las normas escritas con rango de ley en los países de tradición romano-germánica<sup>50</sup>. Por su parte, el Derecho Internacional aplicable incluye la costumbre internacional, los principios generales del Derecho y los tratados de los que

47 Tras la sentencia dictada el 1 de octubre de 1946 por el Tribunal de Núremberg, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó en su Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, los principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto y Sentencia del Tribunal de Núremberg (conocidos como Principios de Núremberg). Esta fue seguida por la Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, por la que se encargaba a la recién creada Comisión de Derecho Internacional que formulara y desarrollara los principios de Núremberg y que preparara un Código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. En 1950 la Comisión de Derecho Internacional presentó a la Asamblea General su informe sobre los Principios de Núremberg, en el que se reconoce que aquellas situaciones en las que se producen múltiples actos de violencia sistemática o a gran escala contra la población civil de un Estado no son solo una cuestión interna de un Estado, sino que se convierten en un asunto de la Comunidad Internacional en su conjunto, pues menoscaban los valores básicos sobre los que se organiza la propia Comunidad Internacional. Además, debido a que en su origen los delitos de lesa humanidad fueron cometidos por medio de instituciones del Estado, que daban a los mismos un “barniz de legalidad”, también se incorporó el principio por el que la comisión de este tipo de delitos no depende de su prohibición en la normativa interna del Estado afectado, sino que, por el contrario, la legislación nacional es considerada irrelevante, a efectos de determinar si dirigentes políticos o militares incurrieran en delitos de lesa humanidad. Vid. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *ILC Commission Report on Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, Doc. Núm. A/1316 (A/5/12), de 12 de diciembre de 1950, párr. 95-127, que se pueden encontrar en el volumen 2 (1950) del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. A pesar de que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 488 (V), de 12 de diciembre de 1950, no adoptó formalmente la versión más elaborada de los Principios Núremberg presentada por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 (invitando a los Estados a formular observaciones al informe presentado por la CDI), lo cierto es que, tal y como ha afirmado Bassiouni, la mayoría de la doctrina atribuye un valor determinante al informe de la CDI como prueba de que los principios de Núremberg eran, ya en 1950, parte de la costumbre internacional o de los principios generales del derecho. Vid. BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011, p. 174.

48 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 185; CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, cit., párr. 69-71; CtEDH, *Caso Jorgić c. Alemania*, cit., párr. 101-109; CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit., párr. 50.

49 GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 360-362.

50 Ibid.

forme parte el Estado de que se trate<sup>51</sup>. En consecuencia, el principio *nullum crimen sine iure* no supone una exclusión automática del desarrollo del Derecho Penal mediante el sistema del precedente en los países de Derecho común, de la interpretación y clarificación judicial de las leyes en los países de tradición romano-germánica o de la elaboración consuetudinaria propia del Derecho Internacional.

En este sentido, la CtEDH ha subrayado que el progresivo desarrollo del Derecho por el precedente judicial es una parte bien enraizada y necesaria de la tradición jurídica de ciertos Estados parte de la CEDH, por lo que el Artículo 7 de la CEDH no puede leerse como prohibiendo la clarificación gradual de las normas sobre responsabilidad penal mediante la interpretación judicial del caso concreto, con tal de que el desarrollo resultante sea coherente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente previsto<sup>52</sup>. Asimismo, la propia CtEDH ha añadido que, con independencia de la claridad con la que esté definida una disposición legal, siempre hay un elemento inevitable de interpretación jurisprudencial y existe una necesidad de resolver las cuestiones dudosas y de adaptarse a las circunstancias cambiantes<sup>53</sup>.

Al admitirse en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 de la CEDH que tanto normas escritas como normas no escritas puedan dar cumplimiento al principio *nullum crimen sine iure*, el contenido de este último en los Sistemas Universal y Europeo de Derechos Humanos no puede consistir en la previa tipificación de la conducta prohibida en una norma escrita con rango de ley. Es por ello que la jurisprudencia constante de la CtEDH en los casos Kononov, Korbely, Jorgic y Streletz, Kessler y Krenz ha señalado que el principio *nullum crimen sine iure* se compone de dos elementos esenciales: (i) la accesibilidad del imputado a la norma nacional o internacional que hace punible su conducta en el momento de cometer el hecho punible y (ii) la previsibilidad para el imputado, al llevar a cabo su conducta, de que con ella estaría incurriendo en responsabilidad penal, según el Derecho aplicable<sup>54</sup>.

51 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Pavle Strugar et al.*, *Decision on Interlocutory Appeal*, Caso Núm. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002, párr. 9, 10 y 13; TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, cit., párr.9; TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alađic and Amir Kubura*, *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility*, Caso Núm. 01-47-AR 72, de 16 de julio de 2003, párr. 32. vid. GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 352-357.

52 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 185; CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, cit., párr.70; CtEDH, *Caso Jorgic c. Alemania* cit., párr. 100-101; CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit., párr. 50. Vid. CtEDH, *Caso S. W. c. Gran Bretaña* Series A, Núm. 335-B, pp. 41-42, párr. 34-36; CtEDH, *Caso C. R. c. Gran Bretaña*, de 22 de noviembre de 1995, Serie A Núm. 335-C, pp. 68-69, párr. 32-34.

53 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 185; CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, cit., párr.70; CtEDH, *Caso Jorgic c. Alemania* cit., párr. 100-101; CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit., párr. 50; CtEDH, *Caso S. W. c. Gran Bretaña* párr. 34-36; CtEDH, *Caso C. R. c. Gran Bretaña*, párr. 32-34.

54 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 185; CtEDH, *Caso Korbely c. Hungría*, cit., párr. 69-71; CtEDH, *Caso Jorgic c. Alemania* cit., párr. 101-109; CtEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit., párr. 50. Vid. CLAYTON, R. y TOMLINSON, H., *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 672.

Esta misma composición es acogida en el Comentario General del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula relativa a los estados de emergencia en el PIDCP<sup>55</sup>.

#### **IV. El contenido del principio *nullum crimen sine iure* en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales**

La jurisprudencia de los tribunales internacionales penales sobre el contenido del principio *nullum crimen sine iure*, en particular las decisiones de la Sala de Apelaciones en el TPIY en los casos Tadic<sup>56</sup> y Milutinović<sup>57</sup> y del TPIR en el caso Akayesu<sup>58</sup>, siguen lo dispuesto en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos con respecto al valor de la costumbre internacional como fuente del Derecho Penal y a su relevancia al aplicar el principio *nullum crimen sine iure*.

En este sentido, conviene recordar que el TPIY, el TPIR y la CESL fueron creados con posterioridad a la comisión de una gran parte de los delitos sobre los que tienen jurisdicción. Como resultado, sus respectivos estatutos no contienen normas de naturaleza penal que tipifiquen comportamientos específicos, sino que incluyen solo disposiciones de naturaleza procesal que les atribuyen jurisdicción material sobre delitos preexistentes en virtud del Derecho Internacional. Así, como se señala en el informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre la creación del TPIY, el Estatuto del TPIY no pretende crear nuevos delitos, sino aplicar el Derecho Internacional Humanitario<sup>59</sup>. Esto, en principio, incluye tanto los usos y las costumbres de la guerra como el derecho Convencional<sup>60</sup>. Sin embargo, el propio secretario general añadió a continuación que, para evitar cualquier problema derivado de la falta de adhesión de algunos Estados a ciertos tratados internacionales, el principio *nullum crimen sine iure* requeriría que el tribunal internacional

55 HANSKI, R. y SCHEININ, M., *Leading Cases of the Human Rights Committee*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku, 2003, p. 157, refiriéndose a COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comentario General No. 29 (72)*, Doc. Núm. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párr. 7. Vid. CORTE INTERNACIONAL PERMANENTE DE JUSTICIA, *Advisory Opinion on the Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, sentencia de 4 de diciembre de 1935, Serie A/B, Núm. 65. En esta sentencia se afirma que los principios de notificación y eliminación de todo comportamiento opresivo del Gobierno, que se encuentran en la base del principio *nullum crimen sine iure*, no pueden ser coherentes sin que exista una razonable certeza sobre el derecho aplicable.

56 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit., párr. 143.

57 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Drađoljub Ojđanic*, cit., párr. 9. vid. TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagić and Amir Kubura*, cit., párr. 32.

58 TPIR, Sala de Primera Instancia, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., párr. 617.

59 UN SECRETARY GENERAL, *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993)*, S/25704, de 3 mayo de 1993, párr. 29.

60 Id., párr. 33.

aplicase aquellas normas del Derecho Internacional Humanitario sobre las que no cabe duda de su naturaleza consuetudinaria<sup>61</sup>.

Ante la falta de definición estatutaria<sup>62</sup>, la Sala de Apelaciones del TPIY definió por primera vez el contenido del principio *nullum crimen sine iure* en su decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic del 2 de noviembre de 1995. La cuestión abordada en aquella decisión consistía en determinar si, sobre la base del Artículo 3 de su Estatuto, que se refiere en forma genérica a las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, se puede considerar que el TPIY tiene jurisdicción sobre aquellas otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario que no constituyan infracciones graves de los Convenios de Ginebra<sup>63</sup>.

La Sala de Apelaciones del TPIY respondió a esta cuestión, afirmando que tanto la costumbre internacional como el Derecho convencional son fuentes de Derecho Internacional Penal relevantes a los efectos de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio *nullum crimen sine iure*<sup>64</sup>. Además, señaló cuatro presupuestos que deben cumplirse para que el TPIY tenga jurisdicción sobre violaciones del Derecho Internacional Humanitario que no constituyan infracciones graves de los Convenios de Ginebra: (i) una norma de Derecho Internacional Humanitario debe haber sido violada; (ii) dicha norma ha de tener un carácter consuetudinario o, si tiene un carácter convencional, todas las partes en conflicto deben ser parte del tratado de que se trate cuando se cometió la violación y la normativa infringida deber ser conforme al *ius cogens*; (iii) la violación debe ser grave, en el sentido de que afecte una norma que proteja bienes jurídicos importantes y ocasione graves consecuencias para las víctimas y (iv) la violación debe dar lugar a responsabilidad internacional penal, de acuerdo con la costumbre internacional o con los tratados internacionales aplicables<sup>65</sup>.

61 Id., párr. 34.

62 Si bien en este contexto la determinación del contenido del principio *nullum crimen sine iure* adquiere una particular relevancia, lo cierto es que los Estatutos del TPIY, TPIR y CESL no contienen ninguna referencia expresa a dicho principio, por lo que su construcción es jurisprudencial.

63 Las infracciones graves a los Convenios de Ginebra se recogen en el Artículo 2 del Estatuto del TPIY.

64 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit., párr. 143. Al justificar la relevancia del Derecho convencional, la Sala de Apelaciones señaló que la única razón para que los redactores del Estatuto del TPIY enfatizaran la aplicación del Derecho consuetudinario es evitar la violación del principio *nullum crimen sine iure* en aquellos supuestos en que alguna de las partes en conflicto no sea parte del tratado internacional de que se trate. En consecuencia, la Sala de Apelaciones concluyó que el TPIY se encontraba también legitimado para aplicar el Derecho convencional cuando concurren las siguientes dos condiciones: (i) la adhesión de todas las partes en conflicto al tratado internacional de que se trate en el momento en que se produzcan los hechos presuntamente constitutivos de delito y (ii) la compatibilidad entre el contenido de las normas convencionales de que se trate y las normas internacionales de *ius cogens*, entre las que se encuentra la mayoría de los usos y costumbres de la guerra.

65 Id., párr. 94.

No obstante, a partir del año 2002, la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY cambió su línea jurisprudencial, para adoptar una interpretación más restrictiva del principio *nullum crimen sine iure* que excluía la aplicación del Derecho convencional. De esta manera, a partir de la decisión interlocutoria en el caso Strugar en relación con los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles<sup>66</sup> (y siguiendo con las decisiones sobre jurisdicción en los casos Milutinović<sup>67</sup> y Hadzihasanovic<sup>68</sup>), el TPIY ha afirmado que solo puede conocer de hechos que en el momento de producirse fuesen constitutivos de alguno de los delitos enumerados en su Estatuto, conforme a la costumbre internacional<sup>69</sup>. Con ello se afirma que, debido a las particulares características del TPIY (aplicables también al TPIR y la CESL), la costumbre internacional es la única fuente de Derecho Internacional Penal que permite cumplir con las exigencias del principio *nullum crimen sine iure*.

Además, la Sala de Apelaciones del TPIY, al igual que el TPIR en el caso Akayesu y la CESL en el caso Norman, siguiendo lo definido en la jurisprudencia de la CtEDH, ha afirmado que el principio *nullum crimen sine iure* requiere los siguientes dos elementos: (i) que en el momento en que se realiza la conducta prohibida, la norma consuetudinaria que la declara punible haya sido lo suficientemente accesible para el imputado (accesibilidad) y (ii) que el imputado haya podido prever que incurriría en responsabilidad penal si desarrollaba su conducta (previsibilidad)<sup>70</sup>.

## **V. La extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**

El Artículo 9 de la CADH prevé que “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho aplicable”. Se trata, por tanto, de una formulación idéntica a la que se puede encontrar en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 de la CEDH, con la única salvedad de que el Artículo 9 de la CADH no hace referencia explícita al Derecho nacional o internacional, sino que se refiere de manera genérica al “Derecho aplicable”.

66 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Paule Strugar et al.*, cit., párr. 9, 10 y 13.

67 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dražoljub Ojdanic*, cit., párr. 9.

68 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura*, cit., párr. 32.

69 TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainovic and Dražoljub Ojdanic*, cit., párr. 9.

70 Id., párrs. 10 y 21. vid. TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagić and Amir Kubura*, cit., párr. 32-36; TPIR, Sala de Primera Instancia, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., párr. párr. 617; CESL, CESL, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. San Hinga Norman*, cit., párr. 35.

Una interpretación literal de la expresión “Derecho aplicable” en el Artículo 9 de la CADH no permite excluir del ámbito de aplicación del principio *nullum crimen sine iure* ni el Derecho nacional (incluyendo el sistema de precedente de los países de Derecho común), ni el Derecho Internacional con su tradicional elaboración consuetudinaria. No obstante, la jurisprudencia de la CIDH en los casos *García Asto y Ramírez Rojas frente a Perú* (2005)<sup>71</sup>, *Fermín Ramírez frente a Guatemala* (2005)<sup>72</sup>, *Lori Berenson frente a Perú* (2004)<sup>73</sup>, *De la Cruz Flores frente a Perú* (2004)<sup>74</sup> y *Castillo Petruzzi frente a Perú* (1999)<sup>75</sup> ha optado por una interpretación del Artículo 9 de la CADH, en la que, sobre la base del objeto y fin de la garantía que se define en la misma, ha extendido su contenido más allá de lo previsto en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales.

Para la CIDH, el fundamento del principio *nullum crimen sine iure* es la necesidad de garantizar que los particulares puedan orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresen tanto el reproche social como sus consecuencias<sup>76</sup>. Sobre tal fundamento, la CIDH ha advertido que la elaboración de los tipos penales requiere una clara definición de la conducta inculpada en normas escritas con rango de ley, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales<sup>77</sup>. De esta manera, al aplicar la ley penal, según la CIDH el juez debe atenerse con estrictez a lo dispuesto por dicha ley, verificando con la mayor rigurosidad la adecuación de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de tal forma que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico<sup>78</sup>.

De esta manera, los requisitos de la accesibilidad y la previsibilidad que caracterizan al principio *nullum crimen sine iure* en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales dejan paso a los requisitos de la *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta* que, como ocurre en los sistemas nacionales de tradición roma-

71 CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 187-191 y 206-207.

72 CIDH, *Caso Fermín Ramírez c. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 90-91.

73 CIDH, *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 126.

74 CIDH, *Caso De la Cruz Flores c. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrs. 70-82.

75 CIDH, *Caso Castillo Petruzzi c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 119-121.

76 CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, cit., párr. 187-191; CIDH, *Caso Fermín Ramírez c. Guatemala*, cit., párr. 90-91; CIDH, *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, cit., párr. 126; CIDH, *Caso De la Cruz Flores c. Perú*, cit., párr. 70-82; CIDH, *Caso Castillo Petruzzi c. Perú*, cit., párr. 119-121.

77 Ibid.

78 Ibid.

no-germánica, se convierten en el referente para la valoración del cumplimiento de las obligaciones derivadas del principio *nullum crimen sine iure* (mejor llamado en este contexto *nullum crimen sine lege*).

Conviene subrayar que la CIDH ha llevado a cabo esta extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* en los casos relativos a la legislación antiterrorista de Perú, dirigida a pacificar la situación de crisis generada por las operaciones del grupo armado Sendero Luminoso<sup>79</sup>. Contenida en los Decretos Ley 25.475 y 25.659, esta legislación fue aprobada en mayo de 1992 por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, surgido del golpe de Estado encabezado por Alberto Fujimori en abril de 1992<sup>80</sup>. Se caracteriza por establecer un tipo abierto de terrorismo con diversas conductas alternativas, así como por la tipificación como delitos autónomos de los supuestos de colaboración con el terrorismo y pertenencia a una organización terrorista<sup>81</sup>. Además, contiene una serie de especialidades procesales que la CIDH ha enunciado de la siguiente manera:

[...] posibilidad de disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por un máximo legal, limitación de la participación del abogado defensor a partir del momento en que el detenido hubiese rendido su declaración, improcedencia de la libertad provisional del imputado durante la instrucción, prohibición de ofrecer como testigos a quienes intervinieron en razón de sus funciones en la elaboración del atestado policial, obligación para el Fiscal Superior de formular una acusación “bajo responsabilidad”, sustanciación del juicio en audiencias privadas, improcedencia de recusación alguna contra los magistrados y auxiliares judiciales intervinientes, participación de jueces y fiscales con identidad secreta y aislamiento celular continuo durante el primer año de las penas privativas de libertad que se impusieran<sup>82</sup>.

En este particular contexto de una legislación especial antiterrorista —aprobada en una situación de estado de emergencia resultante de un golpe de Estado— la CIDH ha subrayado la importancia de exigir que la conducta punible como delito de terrorismo sea descrita con la mayor claridad, puesto que es necesario limitar “la amplitud con que el juez puede interpretar la norma en una situación en que, normalmente, hay un repudio social inmenso contra el presunto culpable, repudio

79 CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, cit., párr. 97 y ss.

80 Ibid.

81 Id., párr. 97.

82 CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, cit., párr. 97.3.

que es altamente probable sea compartido por el tribunal”<sup>83</sup>. Es por ello que, en este tipo especial de situaciones, la CIDH subraya la importancia de la garantía contenida en el principio *nullum crimen sine iure*, a efectos de proteger a quienes, siendo objeto de un gran repudio social, enfrentan procesos penales en su contra.

Casi en su totalidad procedentes de sistemas nacionales romano-germánicos, los magistrados de la CIDH analizan las razones por las que los requisitos de accesibilidad y previsibilidad acogidos por los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos y por la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales no ofrecerían una protección suficiente en este tipo de contextos tan particulares. En consecuencia, optan por la sustitución automática de dichos requisitos por los que dan contenido al principio *nullum crimen sine iure* en los sistemas romano-germánicos.

No es este el momento de examinar a profundidad si los requisitos de accesibilidad y previsibilidad proveen una garantía suficiente, incluso en situaciones excepcionales como las mencionadas, si bien cabe decir que los Sistemas Universal y Europeo de Derechos Humanos y los tribunales internacionales penales han enfrentado con dichos requisitos situaciones de características similares. No puede dejar de subrayarse que, si la opción adoptada por la CIDH no se circunscribe a situaciones tan particulares como las que dieron lugar a la legislación antiterrorista peruana, con el alto grado de repudio social de los comportamientos regulados por ella, se corre el riesgo de incurrir en una violación grave del principio de interpretación *pro homine*, recogido en los Artículos 5 (1) PIDCP y 29 CADH<sup>84</sup>.

Según este principio hermenéutico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

[...] se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria<sup>85</sup>.

83 Voto disidente de la jueza Medina Quiroga en Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, cit., párr. 6.

84 También aparece recogido en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que exige que todos los tratados internacionales, incluidos los que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se interpreten de acuerdo con su objeto y fin.

85 PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. [En línea]. Disponible en: <[www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332](http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332)].htm>.

De ahí que se haya afirmado que el principio *pro homine* “coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”<sup>86</sup>.

Si el principio *pro homine* demanda una atención precisa a la eficacia de las garantías provistas por el principio *nullum crimen sine iure* en situaciones como las relativas a la legislación antiterrorista peruana, lo cierto es que también exige una particular atención a la eficacia de los derechos de las víctimas a un recurso judicial efectivo para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de los delitos cometidos (Artículos 8 y 25 CADH). Esto es así, sobre todo, cuando nos encontramos en contextos de delitos de lesa humanidad desarrollados desde las instituciones públicas o con su connivencia, mediante campañas de violencia sistemática o generalizada dirigida contra sectores (en general, vulnerables y objeto de discriminación) de la población civil<sup>87</sup>.

Es por ello que una aplicación formal de los requisitos *lex praevia, lex scripta, lex certa y lex stricta* en este tipo de casos, en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, lleva a un resultado contrario al exigido por el principio *pro homine*, en relación con el ámbito de aplicación del Derecho al recurso judicial efectivo de aquellos que, encontrándose en situación de vulnerabilidad, han sufrido la violencia sistemática o generalizada de quienes han actuado bajo el amparo directo o indirecto de las instituciones públicas.

Esta situación, generada tanto por la no inclusión de los delitos de lesa humanidad en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales del continente americano hasta la primera década del siglo XXI (en particular, a raíz de la entrada en vigor del Estatuto de Roma), como por la continua aplicación de los plazos de prescripción previstos para los delitos ordinarios, viene afectando a cientos de miles de víctimas objeto de este tipo de violencia en las décadas del sesenta, del setenta, del ochenta y del noventa del siglo XX.

La situación es sangrante, en nuestra opinión, si tenemos en cuenta que, según una amplia mayoría de la doctrina internacional, los delitos de lesa humanidad pasaron a integrar el Derecho Internacional consuetudinario desde que, en el año

86 Ibid.

87 Según el Artículo 7 (1) ER: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque [...]”. Por su parte, el párrafo 2 (a) de la misma disposición afirma que “[p]or ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

1950, la Comisión de Derecho Internacional presentara a la Asamblea General de las Naciones Unidas su Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>88</sup> y adquirieron la condición de imprescriptibles, desde la aprobación (1968) y entrada en vigor (1970) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad<sup>89</sup>.

## **VI. La extensión del contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el sistema del Estatuto de Roma de la CPI**

La concepción adoptada por la CIDH a raíz de los casos relativos a la legislación antiterrorista peruana ha sido también acogida por la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (2007), en la que interpreta el principio *nullum crimen sine iure*, previsto en el Artículo 22 (1) del Estatuto de Roma, incluyendo los requisitos de la *lex praevia, lex scripta, lex certa* y *lex stricta*<sup>90</sup>.

Ahora bien, a diferencia de la jurisprudencia de la CIDH, que ha optado por una interpretación que no venía necesariamente requerida por la redacción del Artículo 9 de la CADH, la interpretación de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI es producto de lo dispuesto de manera expresa en el propio Estatuto de Roma. Así, el Artículo 22 (1) del ER define que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”, mientras el Artículo 24 (1) del ER prevé que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

Además, los problemas que la aplicación formal de los requisitos *lex praevia, lex scripta, lex certa* y *lex stricta* causan en el marco del Sistema Interamericano en relación con la satisfacción de los derechos de las víctimas a la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de aquellos delitos de lesa humanidad, cometidos bajo amparo directo o indirecto de las instituciones públicas durante los últimos cuarenta años del siglo XXI en el continente americano, no ocurren en el contexto

88 BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity*, cit., p. 174.

89 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391(XXIII), de 26 de noviembre de 1968, entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el Artículo VIII.

90 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of the Charges*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-803-TEN, de 29 de enero de 2007, párr. 303. Vid. AMBOS, K., “Nulla Poena Sine Lege”, en R. HAVEMAN y O. OLUSANYA (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, Intersentia, Amberes, 2005, pp. 17-22.

del Estatuto de Roma. Esto es debido a que los Elementos de los Crímenes de la CPI, aprobados en junio de 2002 por la Comisión Preparatoria (antes de la entrada en vigor del propio Estatuto de Roma), desarrollan las definiciones de todos y cada uno de los tipos penales sobre los que la CPI puede ejercitar su jurisdicción<sup>91</sup>, al tiempo que se incluyen en el Artículo 21 (1) del ER como fuente de Derecho aplicable por la CPI.

En este sentido, conviene subrayar que la regulación del principio *nullum crimen sine iure* en el Estatuto de Roma de la CPI se debe en gran medida a que, a diferencia de los Estatutos del TPIY, TPIR y CESL, no se limita a atribuir a la CPI jurisdicción material sobre delitos preexistentes en el Derecho Internacional Penal<sup>92</sup>, sino que contiene también un número importante de disposiciones penales sustantivas (Artículos 6 a 8 y 70 ER) que tipifican las conductas punibles en el marco del sistema de justicia penal definido por el Estatuto de Roma<sup>93</sup>, con lo que este último se configura como un sistema de justicia penal con autonomía respecto a los sistemas de justicia penal nacionales y al sistema de justicia internacional penal<sup>94</sup>, lo que se refleja, en particular, en los siguientes elementos:

- (i) El sistema de fuentes previsto en el Estatuto de Roma solo atribuye un papel subsidiario a “los tratados aplicables, los principios y normas del Derecho Internacional”.
- (ii) Los Artículos 10 y 22 (3) del ER excluyen cualquier limitación o impacto negativo del Estatuto de Roma en la normativa de Derecho Internacional Penal existente o en desarrollo, incluyendo la tipificación de cualquier conducta como crimen internacional al margen del Estatuto de Roma<sup>95</sup>.
- (iii) A pesar de que las conductas criminalizadas en el Estatuto de Roma ya eran punibles conforme al Derecho Internacional consuetudinario o convencional (así como en numerosos sistemas nacionales de justicia penal)<sup>96</sup>, no es

91 VON HEBEL, H., “The Making of the Elements of the Crimes”, en R. S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001, pp. 4-8.

92 OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 76-77 y 82-85.

93 OLÁSOLO, H., “Del Estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crimen sine iure* en el Derecho Penal Internacional”, en *Iustel: Revista General de Derecho Penal*, vol. 5, 2006, pp. 1 y ss.

94 Ibid.

95 Sobre el alcance del Artículo 10 ER, vid. TRIFFTERER, O., “Article 10”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court —Observers’ Notes, Article by Article—*, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2a ed., Múnich, 2008, pp. 531-538.

96 Esta situación no es casual, sino que es el resultado de la decisión adoptada por los negociadores, con el objeto de promover una mayor aceptación por parte de los Estados, de limitar las conductas tipificadas en el ER a aquellas que menoscaban con mayor severidad los valores superiores sobre los que se organiza la Comunidad Internacional.

menos cierto que el propio Estatuto de Roma introduce algunas novedades que, en unos casos, extienden y, en otros, restringen el ámbito de aplicación de ciertos delitos<sup>97</sup>.

## VII. Exclusión de las cuestiones jurisdiccionales, procesales y procedimentales del ámbito de aplicación del principio *nullum crimen sine iure*

En el marco de los Artículos 10 de la DUDH, 15 del PIDCP, 7 de la CEDH y 9 de la CADH o en la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales y de la CPI, ni la interpretación imperante del principio *nullum crimen sine iure* ni la interpretación acogida por la CIDH y la CPI han redundado en la consideración, de cuestiones de naturaleza procesal (menos aún procedimental) que pudieran tener algún tipo de impacto en la razonable previsibilidad del autor del hecho punible de que, al ejecutar su conducta, pudiera incurrir en responsabilidad penal según el Derecho aplicable.

En todos los casos mencionados en este trabajo, la cuestión que se plantea es la definición de la extensión de la conducta punible en el momento de los hechos, ya sea frente a la definición del delito, la aplicación de circunstancias agravantes o tipos agravados o la aplicación de causas de justificación. Solo en el caso Kononov<sup>98</sup> ante la CtEDH se observa que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra cometidos por el demandante en 1944 es tratada como parte del principio *nullum crimen sine iure*, recogido en el Artículo 7 de la CEDH.

Ahora bien, además del desacuerdo existente en la doctrina sobre la naturaleza sustantiva o procesal de la figura de la prescripción, conviene subrayar que el entendimiento de la imprescriptibilidad como una cuestión relativa al principio *nullum crimen sine iure* fue cuestionado por el voto particular de los jueces Rozakis, Tulkens, Spielman y Jebens en el caso Kononov. En su esfuerzo por responder a todos los argumentos presentados por las partes, estos magistrados, que conformaban la mayoría, trataron el asunto de la prescripción en el marco del Artículo 7

97 Por ejemplo, el Artículo 30 (1) ER prevé que, excepto en los supuestos de responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los delitos cometidos por sus subordinados, las conductas tipificadas en los Artículos 6 a 8 y 70 ER solo dan lugar a responsabilidad penal internacional si se producen con “intención y conocimiento” de sus elementos materiales. Este elemento subjetivo general es superior a la culpa consciente (*subjective recklessness*) o incluso excepcionalmente simple negligencia, exigida por los tribunales *ad hoc*. El efecto inverso se puede encontrar en el Artículo 7 ER que excluye la motivación discriminatoria de la definición de los crímenes de lesa humanidad que, hasta el momento de la aprobación del ER (17 de julio de 1998), había sido exigida, primero, por el Tribunal de Núremberg y, luego, por el TPIR. Vid. OLÁSOLO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, capítulo 3, pp. 136-176.

98 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 229-233.

de la CEDH, dejando la impresión de que es un elemento constitutivo del principio *nullum crimen sine iure*, cuando de lo que se trata es de una materia técnica, mucho más relacionada con las exigencias del debido proceso recogidas en el Artículo 6 de la CEDH<sup>99</sup>. En otras palabras, lo que los jueces Rozakis, Tulkens, Spielman y Jebens nos recuerdan es que lo relevante para el principio *nullum crimen sine iure* es la razonable previsibilidad al momento de llevar a cabo una conducta, de que se pueda incurrir en responsabilidad penal, con independencia de que, debido a cuestiones jurisdiccionales o procesales, sea más o menos probable que el Estado, en ejercicio de su *ius puniendi*, procederá a determinar y, en su caso, a ejecutar la responsabilidad penal en la que se haya incurrido<sup>100</sup>.

En consecuencia, se puede afirmar que los asuntos jurisdiccionales y procesales se dirimirán en el marco de los Artículos 9 y 14 del PIDCP, 5 y 6 de la CEDH y 7 y 8 de la CADH y sus correlativas disposiciones en los Estatutos de los tribunales internacionales penales y la CPI, que son los que recogen las condiciones y requisitos para el arresto y la detención provisional de una persona bajo investigación o en espera de juicio, la necesidad de que el tribunal juzgador sea establecido por la ley y la necesidad de que se respeten aquellos principios procesales esenciales que son consustanciales al debido proceso (contradicción, defensa, presunción de inocencia, publicidad, carácter expedito, asistencia jurídica gratuita y doble instancia, entre otros).

Esto marca una diferencia notable con algunos ordenamientos jurídicos nacionales, que han incluido en el contenido del principio *nullum crimen sine iure* ciertos aspectos de la legislación procesal por medio de la cual el Estado ejercita su potestad punitiva. Este es el caso, por ejemplo, del Artículo 29 de la Constitución de Colombia, que afirma que “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” y que “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Esta disposición ha sido interpretada por la Corte Constitucional, en su Sentencia C-592 de 2005, como exigiendo al legislador, entre otras cosas, el establecimiento de las reglas procesales aplicables en aras de garantizar un debido proceso<sup>101</sup>. De esta manera, según la interpretación de la Corte Constitucional, la garantía cons-

99 CtEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, cit., párr. 5-7.

100 Ibid.

101 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-562*, de 9 de junio de 2005, M. P. Álvaro Tarfur Galvis.

titucional de ley preexistente cubre tanto a las normas penales sustantivas, como a las normas procesales<sup>102</sup>.

## VIII. Conclusión

Los Sistemas Universal y Europeo de Protección de Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales afirman que ni el requisito de que el Derecho aplicable provenga de una *lex scripta* forma parte en la actualidad del contenido del principio *nullum crime sine iure* ni las garantías de certeza en cuanto a qué comportamientos son constitutivos de delito van más allá de los requisitos de accesibilidad y previsibilidad. Este constituye también el contenido de dicho principio en el actual Derecho Internacional general, a pesar de la extensión que del mismo realiza la jurisprudencia de la CIDH y la CPI<sup>103</sup>.

El Derecho Internacional contemporáneo no prohíbe *ex ante* la opción de configurar, por vía interpretativa, un principio *nullum crimen sine iure* con un contenido reforzado, tal y como la CIDH y la CPI han llevado a cabo. No obstante, al mismo tiempo exige que dicha configuración sea compatible con el resto de obligaciones impuestas a los Estados por los Sistemas de Protección Universal y Regional de Derechos Humanos y, en particular, con su deber de investigar y enjuiciar a los autores de graves violaciones de derechos humanos y de garantizar a las víctimas el pleno disfrute de su derecho a un recurso judicial efectivo para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de los delitos.

Por ello, un reforzamiento excesivo por vía interpretativa del contenido del principio *nullum crimen sine iure* genera el riesgo de incumplimiento de estas obligaciones y la insatisfacción del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, que serán tanto más graves en tanto afecten a crímenes internacionales de *ius cogens*.

Este es el resultado que provoca una aplicación formal, contraria al principio *pro homine*, de los requisitos *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*, en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, en situaciones de violencia sistemática o generalizada, promovida o consentida desde las propias instituciones públicas, como aquellas que tuvieron lugar en el continente americano durante los últimos cuarenta años del siglo XX.

102 Ibid.

103 En el mismo sentido, vid. MERON, T., *War Crimes*, cit., p. 244; LAMB, S., “*Nullum crimen*”, cit, p. 735; GALLANT, K., *Principle of Legality*, cit., pp. 352-360; HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary IHL*, vol. I, cit., regla 101, p. 371.

## IX. Referencias bibliográficas

- AMBOS, K., “*Nulla poena sine lege*”, en R. HAVEMAN y O. OLUSANYA (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, Intersentia, Amberes, 2005.
- BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- CLAYTON, R. y TOMLINSON, H., *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- DONNEDIEU DE VABRES, H., “Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international”, *Recueil des Cours*, vol. 70, núm. I, 1947.
- FERDINANDUSSE, W. N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, TMC Asser Institute, La Haya, 2006.
- GALLANT, K., *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HANSKI, R. y SCHEININ, M., *Leading Cases of the Human Rights Committee*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku, 2003.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- LAMB, S., “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, en A. CASSESE, P. GAETA y J. R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- MERON, T., *War Crimes Law Comes of Age*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- OLÁSOLO, H., “Del Estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crimen sine lege* en el Derecho Penal Internacional”, *Iustel: Revista General de Derecho Penal*, vol. 5, 2006.
- OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

OLÁSULO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. [En línea]. Disponible en: <[www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm](http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm)>.

TRIFFTERER, O., “Article 10”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court —Observers’ Notes, Article by Article—*, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2a ed., Múnich, 2008, pp. 531-538.

VON HEBEL, H., “The Making of the Elements of the Crimes”, en R. S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001.

# Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados\*

Carolina S. Anello\*\*

*Fecha de recepción: agosto 5 de 2012.*

*Fecha de aprobación: junio 18 de 2013.*

**Para citar este artículo:** ANELLO, C., "Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 1, 2013, pp. 43-60.

## Resumen

La cooperación internacional constituye uno de los pilares sobre los que se basa la actuación de la Corte Penal Internacional. La experiencia acumulada, sobre todo en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, permite observar las dificultades existentes ante la negación de los Estados de cooperar con la Corte. Este trabajo analiza las causas por las cuales se produce el incumplimiento de los Estados y las medidas que se proponen para fortalecer la cooperación con la Corte como presupuesto para su actuación eficaz.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, Derecho Penal Internacional, cooperación, Darfur, Libia.

## Abstract

International cooperation is one of the main pillars on which the performance of the International Criminal Court is based. The experience, in particular, in the situations referred by the Security Council of the United Nations, allows seeing the difficulties derivates from the denial of States to cooperate with the Court. This paper analyzes the causes for which this breach occurs and what measures are proposed to strengthen cooperation with the Court as a precondition for effective action.

**Keywords:** International Criminal Court, Rome Statute, International Criminal Law, cooperation, Darfur, Libya.

\* El presente trabajo corresponde a las tareas de investigación realizadas en el marco del doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (tesis pendiente).

\*\* Docente de Derecho Penal Internacional y de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Penal Internacional y de Derecho Internacional Humanitario en la Maestría de Derecho Penal del Mercosur de la misma Universidad. Correo electrónico: carolina.anello@gmail.com

## Resumo

A cooperação internacional constitui um dos pilares sobre os quais é baseada a atuação da Corte Penal Institucional. A experiência acumulada, em particular, nas situações remitidas pelo Conselho de Segurança a Organização das Nações Unidas, permite observar as dificuldades existentes ante a negação dos Estados de cooperar com a Corte. Este trabalho analisa as causas pelas quais se produz o incumplimiento dos estados e quais são as medidas que se propõem para fortalecer a cooperação cm a Corte como pressuposto para sua atuação eficaz.

**Palavras-chave:** Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, Direito Internacional Penal, Cooperação, Darfur, Líbia.

## I. Introducción

Ante las masivas y sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales acontecidas durante el siglo XX, de las que aún hoy en día la comunidad internacional es testigo, la Corte Penal Internacional (CPI o Corte) nace con el doble objetivo de poner fin a la impunidad y prevenir la comisión de nuevos crímenes<sup>1</sup>. De naturaleza permanente y con un carácter complementario de las jurisdicciones nacionales, el establecimiento de la CPI —desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma (ER) a partir del 1 de julio de 2002<sup>2</sup>— ha supuesto el comienzo de un cambio, no exento de grandes desafíos, para cumplir con eficacia sus funciones.

La CPI está investigando ocho situaciones —República Democrática del Congo, República Centroafricana, Uganda, Darfur (Sudán), Kenia, Costa de Marfil, Libia y Mali—, de las cuales se han abierto dieciocho casos<sup>3</sup>. Además, el 14 de marzo de 2012 la CPI dictó su primera sentencia en el caso del fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo<sup>4</sup> y condenó al acusado a catorce años de prisión, como coautor de los crímenes de guerra de alistar y reclutar niños menores de 15 años para participar activamente en los enfrentamientos presentados en la región de Ituri (República Democrática del Congo) entre septiembre de 2002 y agosto de 2003 en el marco de

1 ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF. 183/9, Roma, de 17 de julio de 1998, UNTS, vol. 2187, Preámbulo, párr. 4-5.

2 UN. Doc. A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Adoptado en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002. Al 14 de julio de 2012 cuenta con la ratificación de 121 Estados parte.

3 Información disponible en la página web de la Corte Penal Internacional: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)

4 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, AnxA y AnxB, de 14 de marzo de 2012.

un conflicto armado de carácter no internacional<sup>5</sup>. El caso Lubanga demuestra la capacidad de la CPI para desarrollar sus procesos, a pesar de los muchos obstáculos que debió superar.

La importancia de la cooperación en el eficaz funcionamiento de la CPI se refleja en el hecho de que constituyera uno de los temas centrales en la agenda de la Conferencia de Revisión del Estatuto, que tuvo lugar en Kampala entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010<sup>6</sup> y que finalizó con una declaración de los Estados parte que refuerza su compromiso de garantizar su plena cooperación mediante su apoyo político y diplomático y reconoce la necesidad de contar con una legislación nacional de aplicación para fortalecer la cooperación con la Corte<sup>7</sup>.

Diversos informes elaborados por la Asamblea de los Estados parte afirman también que la CPI depende de la cooperación de los Estados para el desempeño de sus funciones, en especial, en los ámbitos relacionados con los exámenes preliminares, la investigación, la detención y entrega de acusados, la detección y la congelación de activos, la protección de las víctimas y los testigos, la libertad provisional, la ejecución de sentencias y el cumplimiento de las resoluciones y órdenes de la Corte<sup>8</sup>. De ahí la relevancia de las dificultades que persisten en ámbitos como en la detención y entrega de personas, la reubicación de testigos y la identificación, localización y congelación o el decomiso de activos<sup>9</sup> y, en particular, en el arresto y la entrega de personas, puesto que en los dieciocho casos abiertos hasta el momento existen al menos nueve solicitudes de órdenes de arresto que no han sido ejecutadas<sup>10</sup>.

Por estas razones, el presente trabajo se dirige a identificar las dificultades que enfrenta la CPI en materia de cooperación internacional, así como sus causas prin-

5 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2901, de 10 de julio de 2012.

6 CORTE PENAL INTERNACIONAL, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Declaración sobre la Cooperación*, RC/Decl.2, de 8 de junio de 2010, párr. 8 y 11.

7 CORTE PENAL INTERNACIONAL, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Declaración de Kampala*, RC/4, 4 de junio de 2010, párr. 7.

8 Esto surge de varios documentos, entre ellos: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/10*, A/65/313, de 19 de agosto de 2010; *Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2010/11*, A/66/309, de 19 de agosto de 2011. El secretario general eleva a la Asamblea General el informe de la Corte Penal Internacional sobre sus actividades, conforme al Artículo 6 del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas y al párrafo 17 de la Resolución 64/9 de la Asamblea General.

9 CORTE PENAL INTERNACIONAL, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Informe de la Corte sobre la cooperación: actualización*, RC/2, de 11 de mayo de 2010, párr. 12; *Informe de la Corte sobre la cooperación*, ICC-ASP/10/40, de 18 de noviembre de 2011, párr. 2.

10 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/10*, cit., párr. 49; CORTE PENAL INTERNACIONAL, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Informe de la Corte sobre la cooperación*, ICC-ASP/10/40, cit.

cipales, para determinar cuáles podrían ser las medidas más eficaces para su fortalecimiento. Con ese fin se analizará, en primer lugar, el modelo de cooperación adoptado por el Estatuto de Roma. A continuación, este estudio se centrará en los supuestos de inexecución de las solicitudes de arresto y entrega en aquellas situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, pues, en principio, la intervención del órgano de la comunidad internacional encargado del mantenimiento de la paz y seguridad internacional debería servir como acicate para incentivar la cooperación de los Estados con la CPI.

## II. El modelo de cooperación adoptado en el Estatuto de Roma

El modelo de cooperación de relevancia fundamental<sup>11</sup>, previsto en el Estatuto de Roma, ha sido el resultado de los debates que tuvieron lugar en la Conferencia de Roma, en la que se observó el enfrentamiento entre los Estados que abogaban por una nueva forma de cooperación que pudiera estar a la altura de la posición especial de la CPI (lo que apoya la idea de una obligación jurídica inequívoca frente a un pedido de este Tribunal) y la postura de los Estados más escépticos, que partían del Derecho interestatal tradicional de extradición y asistencia judicial<sup>12</sup>. Como resultado de la negociación, se optó por un mecanismo mixto<sup>13</sup> en el que se establece una obligación general de cooperar y, a su vez, se disponen determinados criterios para postergar una solicitud de cooperación emitida por la CPI.

- 11 TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck-Hart-Nomos, 2a ed., Múnich, 2008, pp. 10 y 1507 y ss.; CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2a ed., Nueva York, 2008, p. 346; CASSESE, A., "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 1, 1999, p. 164; MOCHOCHOKO, P., "International Cooperation and Judicial Assistance", en LEE, R., *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pp. 306-307; KREB, C., "Penalties, Enforcement and Cooperation in the ICC Statute", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, núm. 4, 1998, pp. 126-144.
- 12 Entre las alternativas se distinguían el sistema horizontal y el vertical; vid. MALAGUTI, M. C., "Article 88 of the Rome Statute: 'Horizontal' versus 'vertical' cooperation", en M. C. MALAGUTI (ed.), *ICC and International Cooperation in Light of the Rome Statute*, Argo, Lecce, 2007, pp. 75-102; AMBOS, K., "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", en AMBOS, K., MALARINO, E. y WOISCHNIK J. (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, pp. 34 y ss.; KAUL, H. y KREB, C., "Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: principios y compromisos", en AMBOS, K. (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 318 y ss.; KARAYÁN, M., "La cooperación con una corte penal internacional permanente", en AMBOS, K. (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 343 y ss.
- 13 AMBOS, K., "Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre justicia y realpolitik", [En línea], *Política Criminal*, A1, núm. 4, 2007, pp. 1-16. Disponible en <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/a\\_1\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_1_4.pdf)> [Consulta: 29.07.2012].

Así, respecto a las solicitudes de entrega, se establece que la CPI no dará curso a estos requerimientos de cooperación cuando su cumplimiento por el Estado parte requerido entrañe una violación a obligaciones contraídas con un tercer Estado en materia de inmunidades, salvo que este renuncie previamente a invocar esa inmunidad<sup>14</sup> o cuando el Estado parte requerido deba actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional, conforme al cual se requiera el consentimiento de un tercer Estado para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de este último Estado<sup>15</sup>.

En lo concerniente a las “otras formas de cooperación”, referidas a las medidas necesarias para producir pruebas y otras destinadas a facilitar la investigación y enjuiciamiento, se prevé que los Estados parte puedan negarse a cumplir si alegasen que la medida pone en juego su seguridad nacional o que se trata de una medida prohibida en Derecho interno<sup>16</sup>. Además, se dispone un mecanismo flexible de consultas tendientes a resolver los obstáculos o impedimentos que le puedan surgir al Estado parte requerido frente a una solicitud de cooperación de la Corte<sup>17</sup>.

En consecuencia, se puede afirmar que el Estatuto de Roma señala un sistema que no es vertical, como en el caso de los tribunales *ad hoc*<sup>18</sup>, sin acoger tampoco un modelo de cooperación horizontal, como la que se da entre Estados.

El Estatuto de Roma también define los mecanismos aplicables cuando los Estados se nieguen a cooperar con la CPI, distinguiendo a estos efectos entre Estados parte y los que no lo son. Respecto a los Estados parte, la CPI tiene la facultad de constatar el incumplimiento de las solicitudes de cooperación enviadas a las autoridades nacionales del Estado parte de que se trate y de remitir esta cuestión a la Asamblea de los Estados Parte (AEP)<sup>19</sup> o al Consejo de Seguridad, si este último le hubiese remitido la situación objeto de investigación<sup>20</sup>. Las medidas que puede adoptar la AEP en casos de la falta de cooperación de un Estado parte son de índole

14 ONU, cit., Art. 98.1.

15 Id., Art. 98.2.

16 Id., Art. 72 y 93.

17 Id., Art. 72, 89, 93 y 97; Vid. ZARAGOZA, J. M., “Cooperación internacional y asistencia judicial entre los Estados y la Corte”, en YAÑEZ BARRIONUEVO, J. A. (coord.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro internacional sobre justicia penal internacional*, Casa de América, Madrid, 2001, p. 207.

18 Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda establecen la obligación de cooperar, de conformidad con los Artículos 29, ETPIY y 28, ETPIR. Esa obligación de cooperar prevalece por sobre las normas nacionales sobre extradición. ONU, *Reglas de Procedimiento y Prueba*, IT/32/Rev. 45, enmendadas el 8 de diciembre de 2008, Regla 58, RPP sobre la extradición de nacionales.

19 ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., Art. 112. La Asamblea de Estados Parte se integra con un representante por cada Estado parte y los Estados signatarios del Estatuto o del Acta Final podrán actuar como observadores.

20 ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., Art. 87.7. El procedimiento de constatación y de incumplimiento está regulado por las Normas 108 y 109 del Reglamento de la Corte.

económica o política, como restringir la capacidad de voto a ese Estado o incrementar la cuota presupuestaria en beneficio de la CPI u otra sanción económica.

En cuanto a los Estados no parte, en principio no se hallan vinculados por el Estatuto de Roma. Sin embargo, pueden firmar una declaración en la cual aceptan la competencia de la CPI para una situación concreta; de esa manera, se vinculan a las normas del Estatuto y quedan obligados a cooperar, de conformidad con la Parte IX<sup>21</sup>. Por lo tanto, en caso de incumplimiento, rigen las mismas disposiciones que para los Estados parte.

Asimismo, la CPI puede invitar a un Estado no parte a prestar asistencia judicial para la investigación en un caso determinado, sobre la base de un arreglo o acuerdo especial con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada. El reglamento de la CPI regula dos tipos de acuerdos de cooperación *ad hoc*: (i) aquellos en que se establezca un marco general de cooperación para los asuntos de competencia de más de un órgano de la Corte, que son negociados bajo la autoridad del presidente y (ii) los que se celebren con cada uno de los órganos de la Corte respecto a una medida de cooperación determinada<sup>22</sup>.

En caso de incumplimiento por un Estado no parte de cualquiera de estos dos tipos de acuerdos de cooperación, la CPI puede informar a la AEP, cuando la situación haya sido iniciada por un Estado o por el fiscal de oficio o al Consejo de Seguridad, si este le hubiese remitido el asunto<sup>23</sup>. Ahora bien, al tratarse de un Estado no parte, la AEP no tendrá la capacidad de imponer ciertas sanciones previstas para el caso de incumplimiento de Estados parte, como la restricción del derecho de voto o el incremento de las cuotas de aportación a la Organización. Esta limitación no opera en el caso del Consejo de Seguridad que, una vez informado del incumplimiento, puede adoptar cualquiera de las medidas que le confiere la Carta de Naciones Unidas, incluido el uso de la fuerza, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, decisión que sería obligatoria para todos los Estados miembros de la Organización.

En consecuencia, de acuerdo con los casos que se estudiarán a continuación, se puede decir que los mecanismos previstos en el Estatuto de Roma ante el incumpli-

21 ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., Art. 12.3. Como ejemplo de esto, el 18 de abril de 2003 Costa de Marfil, que no es parte en el Estatuto de Roma, envió una declaración a la Corte en la que acepta su jurisdicción. Asimismo, el 14 de diciembre de 2010 y el 3 de mayo de 2011 la Corte recibió dos cartas del Gobierno de ese Estado, reafirmando la aceptación de la jurisdicción del Tribunal Internacional. La situación se abrió bajo la numeración ICC-2/11.

22 ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., Art. 87.5 a); CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Reglamento de la Corte*, Norma 107. Como ejemplo de un acuerdo especial se puede pensar en la autorización de tránsito de una persona que va a ser entregada a la Corte y debe permanecer en el territorio de un Estado no parte, de conformidad con la Regla 182 (solicitud de autorización de tránsito con arreglo al párrafo 3 e) del Artículo 89).

23 ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., Art. 87.5.b).

miento de las medidas de cooperación resultan insuficientes. Podría alegarse que la Corte, al no poder establecer sanciones directas, no cuenta con un sistema efectivo de hacer cumplir sus decisiones. Sin embargo, coincido con parte de la doctrina<sup>24</sup>, en cuanto a que la adopción de un sistema de sanciones más duras no garantiza una mayor cooperación por parte de los Estados.

### III. La situación de la región de Darfur (Sudán)

El 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad dictó la Resolución 1593<sup>25</sup> en la que, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, remitió al fiscal de la CPI la situación de Darfur, en Sudán (Estado no parte en el Estatuto de Roma), para que iniciase una investigación por entender que existía una amenaza a la paz y seguridad internacional<sup>26</sup>. Dos meses después, el 6 de junio de 2005, el fiscal de la CPI abrió investigación oficial sobre la presunta comisión de crímenes internacionales en esa región. Desde entonces, la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP), a petición de la Fiscalía de la CPI, ha emitido órdenes de arresto contra los siguientes miembros del Gobierno de Sudán y de grupos paramilitares (milicias Janjaweed) que actuaron en coordinación con las Fuerzas Armadas y de Policía de Sudán: el actual presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir (2009-2010)<sup>27</sup>, el ex ministro del Interior y actual ministro de Defensa, Abdelrahim Mohamed Hussein (2012), el ex viceministro del Interior Ahmad Harun (2007)<sup>28</sup> y el dirigente de las milicias Janjaweed Ali Kushayb (2007).

Al no ser Sudán un Estado parte del Estatuto de Roma, su obligación de cooperar con la CPI no se deriva de ese Tratado. Por el contrario, la base jurídica de dicha obligación se encuentra en la propia Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, que en el segundo párrafo de su parte dispositiva establece lo siguiente:

Decide que el Gobierno de Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en la aplicación de la presente Resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son parte en

24 CÁRDENAS ARAVENA, C. "La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad". [En línea], *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 34, 2010, pp. 281-304. Disponible en <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=50718-68512010000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=50718-68512010000100008&script=sci_arttext)> [Consulta: 30.03.2013].

25 CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, S/RES/1593, de 31 de marzo de 2005.

26 ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., Art. 13.b).

27 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-1-1SPA, de 4 de marzo de 2009; *Segunda orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-95-1SPA, de 12 de julio de 2010.

28 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Orden de detención de Ahmad Harun*, ICC-02/05-01/07-2, de 27 de abril de 2007; CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Orden de detención de Ali Kushayb*, ICC-02/05-01/07-3. 27 de abril de 2007.

el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y las organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen.

Conforme a los Artículos 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados parte de esta Organización tienen la obligación de cumplir las disposiciones impuestas por las resoluciones del Consejo de Seguridad con carácter preferente a cualquier otra obligación contraída en virtud de un convenio internacional. De ahí la responsabilidad de Sudán de “cooperar plenamente con la Corte y el fiscal”, a pesar de no ser un Estado parte del Estatuto de Roma.

Si bien el alcance preciso de las modalidades de cooperación de Sudán con la CPI no aparecen definidas en la Resolución 1593, se ha de entender que la referencia a “cooperar plenamente” incluye las formas de cooperación recogidas en el Estatuto de Roma, puesto que la CPI ha de actuar en todo caso conforme al mismo a la hora de ejecutar sus actuaciones por los crímenes internacionales cometidos en Darfur<sup>29</sup>. De hecho, la doctrina se ha venido preguntando si, debido a que según el Estatuto de Roma los Estados parte pueden suspender o no cumplir con las solicitudes de cooperación de la CPI ante ciertos supuestos<sup>30</sup>, Sudán también podría invocar las normas del Estatuto para suspender los requerimientos de la Corte.

En cuanto al grado de cumplimiento de Sudán con sus obligaciones de cooperar con la CPI, lo cierto es que, desde que se produjo en 2009 la primera solicitud de detención y entrega del actual presidente Omar Al-Bashir, el Gobierno sudanés informó a la Fiscalía de la CPI y al propio Consejo de Seguridad que no continuaría cooperando con la CPI<sup>31</sup>.

Esto provocó que en el caso seguido contra Ali Kushayb y Ahmad Harun, conforme al Artículo 87 ER, la SCP I afirmara que Sudán había incumplido con sus obligaciones de cooperar y transmitiera al Consejo de Seguridad la decisión en que decla-

29 SLUITER, G., “Obtaining Cooperation from Sudan- Where is the Law?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, núm. 5, 2008, p. 871.

30 AKANDE, D., “The effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 299-324.

31 A junio de 2013, el fiscal de la Corte Penal Internacional presentó diecisiete informes al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con la Resolución 1593 de 2005. Asimismo, da cuenta de esto en A/65/313, *Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/10*, 19 de agosto de 2010. También en la decisión: ICC-02/05-01/07-48- Conf. y anexos A y B. Versión pública expurgada ICC-02/05-01/07-48-Red y anexos A y B.

raba esta situación de incumplimiento para que tomara las medidas que considerase oportunas<sup>32</sup>. El Consejo de Seguridad no se ha pronunciado hasta el momento.

Ahora bien, ha sido en el caso contra el propio presidente de Sudán, Omar Al-Bashir, en el que la CPI ha analizado en mayor profundidad los repetidos problemas de falta de cooperación del propio Sudán y de terceros Estados parte del Estatuto de Roma por incumplimiento con las solicitudes de la CPI de detención y entrega del señor Al-Bashir.

Frente a la visita de Al-Bashir a Chad, la SCP I informó primero al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y a la Asamblea de Estados parte<sup>33</sup>. Luego, solicitó a las autoridades del Gobierno de ese país que formularan observaciones y el 29 de septiembre de 2010 el Ministerio de Relaciones Exteriores respondió que, al ser Chad miembro de la Unión Africana y de acuerdo con la posición de esta organización en relación con la orden dictada contra Omar Al-Bashir, Chad no podía cumplir con la solicitud de detención y entrega de la CPI. Una vez que en 2011 la CPI tuvo conocimiento de una segunda visita de Omar Al-Bashir a Chad, de conformidad con el Artículo 87.7 ER, decidió que la República de Chad incumplió con su obligación de cooperación con la CPI y se lo transmitió al Consejo de Seguridad y a la Asamblea de Estados Parte<sup>34</sup>. Al-Bashir visitó Chad dos veces más, lo que el 26 de marzo de 2013 provocó una segunda decisión de la SCP sobre la falta de cooperación de ese Estado con la Corte y la envió a conocimiento del Consejo de Seguridad y a la Asamblea de Estados Parte, de conformidad con el Artículo 87.7 del Estatuto de Roma y la Regla 109.4<sup>35</sup>.

Lo mismo ocurrió en la visita de Al-Bashir a la República de Malawi en octubre de 2011. La SCP I invitó a las autoridades de ese país a presentar sus observaciones y el 12 de diciembre de 2011 esa sala dictó una decisión acerca de la negativa de Malawi de cooperar, de acuerdo con el Artículo 87.7 del Estatuto de Roma y la

32 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision informing the United Nations Security Council about the Lack of Cooperation by the Republic of the Sudan*, ICC-02/05-01/07-57, de 25 de mayo de 2010. Mediante la decisión No. ICC-02/05-01/07, la Corte notificó a las autoridades sudanesas sobre la decisión de informar al Consejo de Seguridad la falta de cooperación de ese Estado.

33 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decisión por la que se informa al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a la Asamblea de los Estados Parte en el Estatuto de Roma de la reciente visita de Omar Al-Bashir a la República del Chad*, ICC-02/05-01/09-109, de 27 de agosto de 2010.

34 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, de 13 de diciembre de 2011.

35 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-151, de 26 de marzo de 2013.

remitió a conocimiento del Consejo de Seguridad por medio del secretario general de Naciones Unidas y a la Asamblea de Estados Parte<sup>36</sup>.

En esta última decisión, además de subrayar el incumplimiento de Malawi de su obligación de cooperar con la Corte por no proceder a la detención y entrega de Al-Bashir, la SCP I afirmó que no había conflicto entre las obligaciones de Malawi con la CPI y sus obligaciones bajo el Derecho Internacional consuetudinario. La CPI señaló que la posición de Al-Bashir como jefe de un Estado no parte del Estatuto de Roma no afectaba a su jurisdicción sobre el caso, según el Artículo 27 ER<sup>37</sup> y recordó que el Derecho Internacional consuetudinario crea una excepción a la inmunidad de los jefes de Estado cuando existe una orden de detención por parte de tribunales penales internacionales por la comisión de crímenes internacionales. En opinión de la CPI, en caso de duda acerca de la presunta inmunidad de Al-Bashir, Malawi debería haber consultado con la SCP I, de manera que al decidir no cooperar en su detención y entrega sin consulta previa con la SCP I, Malawi habría incumplido con sus obligaciones. Tanto Chad como Malawi son Estados parte del Estatuto de Roma y, en consecuencia, están obligados a cooperar con la CPI. Sin embargo, ambos alegan su pertenencia a la Unión Africana y los compromisos internacionales asumidos por ambos países para no arrestar al presidente de Sudán, ya que este goza presuntamente de inmunidad como jefe de Estado. La CPI ha sido enfática en rechazar la existencia de dicha inmunidad, con base en la irrelevancia del cargo oficial del acusado a la hora de ejercer su competencia (Artículo 27 ER) y en el Derecho Internacional consuetudinario.

Lo cierto es que esta norma se encuentra en tensión con el Artículo 98.1 ER, en tanto establece que la CPI no solicitará la entrega de una persona cuando el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con obligaciones internacionales contraídas con un tercer Estado. De ahí que la discusión se centre en la posible relación entre ambas normas. Aquí surgen entonces, dos interpretaciones: una, que restringe el principio de inmunidad de los jefes de Estado o de Gobierno en los casos en que se los impute por la comisión de crímenes internacionales, en especial a los efectos de la competencia de la CPI, más allá de la disposición del Artículo 98, al entender que esta última disposición solo se refiere a Estados no parte del Estatuto, entre otras interpretaciones; la otra, que limita a la Corte la solicitud de la detención y entrega de oficiales que gozan de inmunidad de los Estados parte

36 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139, de 12 de diciembre de 2011.

37 ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., Art. 27.

cuando exista una obligación internacional previa con un tercer Estado, dando primacía al principio de inmunidad<sup>38</sup>.

En todo caso, con independencia de la solución que se acoja respecto a esta cuestión por parte del Consejo de Seguridad y/o de la Asamblea de Estados Parte, que todavía no se han pronunciado acerca de los incumplimientos de cooperación mencionados, lo cierto es que, como demuestran los casos del Chad y Malawi, la falta de cooperación de los Estados con la Corte en la detención y entrega de los acusados por ella constituye una de las mayores dificultades que enfrenta la CPI, como ya había ocurrido con anterioridad en los tribunales *ad hoc*. Más aún, la fiscal de la CPI da cuenta de esto en su último informe referente a la situación de Sudán, donde señala con profunda preocupación la falta de cooperación en hacer efectiva la orden de arresto del presidente Al-Bashir por parte de ese país y los Estados parte del Estatuto de Roma, a quienes insta a hacer todo lo posible para promover la cooperación y detención de las personas buscadas por la CPI, así como también pide en forma expresa al Consejo de Seguridad que garantice el cumplimiento de Sudán con la Resolución 1593<sup>39</sup>.

#### IV. La situación de Libia

El 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad remitió a la CPI, por unanimidad, la situación de la Jamahiriya Árabe Libia para que fueran investigados los crímenes cometidos en la misma desde el 15 de febrero de 2011. El 3 de marzo de 2011, la Fiscalía de la CPI inició la investigación formal y el 27 de junio de 2011 la SCP I emitió tres órdenes de detención contra el ex jefe de Estado de Libia, Muammar al-Gaddafi, su hijo y ex primer ministro *de facto* Saif al-Islam al-Gaddafi y el líder de la inteligencia libia Abdullah al-Senussi, por los presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos en Libia desde el 15 de febrero de 2011. El 22 de noviembre de 2011, la SCP I cerró el caso contra Muammar al-Gaddafi debido a su muerte. Por su parte, Saif al-Islam Gaddafi y Abdullah al-Senussi fueron arrestados, el primero en Libia y el segundo en Mauritania.

38 Sobre el tema de la inmunidad de jefes de Estados, vid. AKANDE, D., "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 333-352; GAETA, P., "Official Capacity and Immunities", en A. CASSESE, P. GAETA y J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 975; 991; AKANDE, D., "International Law Immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 3, 2004, pp. 407; 415-419; vid. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Judgement Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, de 14 de febrero de 2002; *Judgement Djibouti v. France*, de 4 de junio de 2008.

39 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *ICC Prosecutor Seventeenth Report to the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, the Sudan, Pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 5 de junio de 2013, párr. 50.

Al igual que en el caso de Sudán, Libia tampoco es un Estado parte del Estatuto de Roma, de manera que su obligación de cooperar con la CPI no se deriva del Estatuto, sino de la Resolución 1970 del Consejo de Seguridad, que en el quinto párrafo de su parte dispositiva, al seguir el modelo de la Resolución 1593, define lo siguiente:

Decide que las autoridades libias deben cooperar plenamente con la Corte y el fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria de conformidad con la presente Resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna en virtud de él, insta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que cooperen plenamente con la Corte y el fiscal <sup>40</sup>.

Sobre esta base jurídica, la SCP I solicitó a Libia la entrega de Saif al-Islam Gaddafi, conforme al Artículo 94.1 ER. Las autoridades libias requirieron la suspensión del cumplimiento de dicha solicitud de entrega. La SCP I denegó este pedido, por entender que dicha disposición era solo de aplicación a solicitudes de asistencia judicial, pero no de detención y entrega. De esta manera, el 4 de abril de 2012 la SCP I reiteró su solicitud para que Libia entregase a Saif al-Islam Gaddafi a la CPI. Un mes después, el 1 de mayo de 2012, Libia impugnó la admisibilidad del caso, por lo que la CPI decidió suspender la ejecución de la solicitud de entrega, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 95 ER, hasta tanto se resuelva la admisibilidad del caso<sup>41</sup>. El 31 de mayo de 2013, la SCP I decidió rechazar el pedido de Libia y declaró admisible el caso contra Saif Al-Islam Gaddafi, en virtud del Artículo 19 del Estatuto de Roma. Asimismo, le recordó a Libia su obligación de entregar al acusado a la Corte<sup>42</sup>.

Para considerar la cuestión de la admisibilidad de un caso, la Sala debe tener en cuenta dos cuestiones: (i) si en el momento del procedimiento de un pedido de admisibilidad hay una investigación o enjuiciamiento del caso en el ámbito local y (ii) si el Estado no está dispuesto o no puede llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento. El Estado que impugnó la admisibilidad de la Corte deberá demostrar que el caso es inadmisibile.

Con respecto al primer punto, la Sala concluyó que en Libia se estaba desarrollando una investigación que daba cuenta de una misma línea de conducta de las

<sup>40</sup> ONU, *S/Res/1970* (2011), de 26 de febrero de 2011, párr. 4-5.

<sup>41</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision on the Postponement of the Execution of the Request for Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi Pursuant to Article 95 of the Rome Statute*, ICC-01/11-01/11-163, de 1 de junio de 2012.

<sup>42</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision on the Admissibility of the Case Against Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11 (ICC-01/11-01/11-344-Red.- Public redacted), de 31 de mayo de 2013.

fuerzas de seguridad bajo el control de Gaddafi, lo que coincidía con algunos aspectos del caso ante la Corte, pero no logró probar con suficiente especificidad y valor probatorio que se trataba del mismo caso que está en la Corte.

En cuanto a la segunda cuestión, la Sala determinó que Libia no había sido capaz de asegurar la transferencia de Gaddafi, bajo custodia del Estado, desde su lugar de detención en Zintan ni una representación legal segura para el acusado. Si bien reconoció los esfuerzos de Libia en la reconstrucción de las instituciones y la restauración del Estado de Derecho, la Sala estableció que Libia no puede adelantar la investigación o el enjuiciamiento de Gaddafi, por lo que no abordó la cuestión de la voluntad de ese país.

Por último, la Sala recordó que la constatación sobre la admisibilidad de un caso se basa en hechos, por lo que, si se cumplen las condiciones del Artículo 19 (4) del Estatuto, Libia podrá presentar una nueva impugnación de la admisibilidad de la causa contra Gaddafi.

## V. Reflexiones finales

Como ya previeron los negociadores del Estatuto de Roma, la experiencia de la CPI en sus primeros diez años de práctica judicial muestra que la eficacia en el desarrollo de sus investigaciones y enjuiciamientos depende en gran medida de la cooperación de los Estados, sobre todo en lo referente a la detención y entrega de personas, la identificación y congelación de sus activos y la reubicación de testigos y víctimas, entre otros.

Las situaciones de Sudán y Libia nos muestran las dificultades que se han presentado, en particular, frente al efectivo cumplimiento de las órdenes de detención y entrega de las personas objeto de investigación, a pesar de que ambas están siendo investigadas a instancia del propio Consejo de Seguridad, por constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacional.

Es por eso que, como ha reiterado la CPI, es necesario reforzar y profundizar en el modelo de cooperación entre los Estados y la CPI<sup>43</sup>. No existe para ello una única solución, sino que es necesario adoptar un conjunto de medidas que permita alcanzar este objetivo gradualmente. Por un lado, entendemos que la CPI realiza grandes esfuerzos por lograr una mayor difusión de su actuación y presencia en el terreno, y creemos que este es uno de los caminos apropiados, así como también generar más espacios de diálogo con las autoridades estatales, a efectos de que se conozca mejor su funcionamiento. Por otro lado, la CPI debe brindar un mayor

43 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Informe de la Corte sobre la estrategia de información pública 2011-2013*, ICC-ASP/9/29, de 22 de noviembre 2010.

apoyo a las jurisdicciones nacionales, para que ellas mismas puedan desarrollar la capacidad de juzgar a los autores de crímenes internacionales y así cumplir con su responsabilidad primaria de investigación y enjuiciamiento<sup>44</sup>.

Asimismo, es importante que la CPI clarifique, mediante la jurisprudencia de su Sala de Apelaciones, ciertas cuestiones como las relativas al alcance de las obligaciones de los Estados no parte en casos de remisiones del Consejo de Seguridad o la tan debatida cuestión de las inmunidades de los jefes de Estado y de Gobierno, sobre todo de Estados no parte y su relación con el Artículo 98 ER, por poner solo algunos ejemplos analizados en este trabajo.

En todo caso, no podemos perder la perspectiva de que será, en última instancia, el compromiso de los Estados, ya sea considerados en forma individual, como parte de la Asamblea de los Estados Parte o incluso si actúan en calidad de miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el que determinará el grado de eficacia del modelo de cooperación previsto en el Estatuto de Roma. A la Corte no le queda sino adoptar las medidas ya señaladas para incentivar un refortalecimiento de dicho compromiso.

## Referencias bibliográficas

AKANDE, D., “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 3, 2005, pp. 407-433.

AKANDE, D., “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 299-324.

AKANDE, D., “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir’s Immunities”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 333-352.

AMBOS, K., “Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre justicia y realpolitik”, [En línea], *Política Criminal*, A1, núm. 4, 2007, pp. 1-16. Disponible en <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/a\\_1\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_1_4.pdf)> [Consulta: 29.07.2012].

---

<sup>44</sup> ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, cit., Art. 1 y 17.

- AMBOS, K., “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en K. AMBOS, E. MALARINO y J. WOISCHNIK, (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, pp. 34-46.
- AMBOS, K., MALARINO, E. y ESNER, G. (eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/10*, A/65/313, de 19 de agosto de 2010.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2010/11*, A/66/309, de 19 de agosto de 2011.
- CÁRDENAS ARAVENA, C. “La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad”, [En línea], *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 34, 2010, pp. 281-304. Disponible en <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100008&script=sci_arttext)> [Consulta: 30.03.2013].
- CASSESE, A., “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 1, 1999, pp. 144-171.
- CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2a ed., Nueva York, 2008.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, S/RES/1593, de 31 de marzo de 2005.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Judgement Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, de 14 de febrero de 2002.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Judgement Djibouti v. France*, de 4 de junio de 2008.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Declaración sobre la Cooperación*, RC/Decl.2, de 8 de junio de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Declaración de Kampala*, RC/4, de 4 de junio de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Informe de la Corte sobre la cooperación: actualización*, RC/2, de 11 de mayo de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Informe de la Corte sobre la cooperación*, ICC-ASP/10/40, 18 de noviembre de 2011, párr. 2.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision Informing the United Nations Security Council about the Lack of Cooperation by the Republic of the Sudan*, ICC-02/05-01/07-57, de 25 de mayo de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2901, de 10 de julio de 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision on the Admissibility of the Case Against Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11 (ICC-01/11-01/11-344-Red.- Public redacted), de 31 de mayo de 2013.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-151, 26 de marzo de 2013.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision on the Postponement of the Execution of the Request for Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi Pursuant to Article 95 of the Rome Statute*, ICC-01/11-01/11-163, de 1 de junio de 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decisión por la que se informa al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la reciente visita de Omar Al-Bashir a la República del Chad*, ICC-02/05-01/09-109, de 27 de agosto de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, de 13 de diciembre de 2011.

- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-139, de 12 de diciembre de 2011.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *ICC Prosecutor Seventeenth Report to the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, the Sudan, Pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 5 de junio de 2013, párr. 50.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Informe de la Corte sobre la estrategia de información pública 2011-2013*, ICC-ASP/9/29, de 22 de noviembre 2010.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, AnxA y AnxB, de 14 de marzo de 2012.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Orden de detención de Ahmad Harun, ICC-02/05-01/07-2, de 27 de abril de 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Orden de detención de Ali Kushayb, ICC-02/05-01/07-3. 27 de abril de 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-1-tSPA, de 4 de marzo de 2009.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Segunda orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-95-tSPA, de 12 de julio de 2010.
- GIOGIA, F., “Reverse cooperation’ and the Architecture of the Rome Statute: A Vital Part of the Relationship between States and the ICC”, en M. C. MALAGUTI (ed.), *ICC and International Cooperation in Light of the Rome Statute*, Argo, Lecce, 2007, pp. 75-102.
- JESSBERGER, F., “Libya, Cooperation, and Complementarity: Foreword”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 295-297.
- KARAYÁN, M., “La cooperación con una Corte Penal Internacional permanente”, en K. AMBOS, (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 343-371.
- KAUL, H. P. y KREB, C., “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: principios y compromisos”, en K. AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 318-341.

- KRESS, C., “Penalties, Enforcement and Cooperation in the ICC Statute”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6 núm. 4, 1998, pp. 126-144.
- MALAGUTI, M. C. “Article 88 of the Rome Statute: ‘Horizontal’ Versus ‘Vertical’ Cooperation”, en M. C. MALAGUTI (ed.), *ICC and International Cooperation in Light of the Rome Statute*, Argo, Lecce, 2007, pp. 103-130.
- MIGUEL, J., “Cooperación internacional y asistencia judicial entre los Estados y la Corte”, en J. A. YAÑEZ-BARRIONUEVO (ed.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro internacional sobre justicia penal internacional*, Casa de América, Madrid, 2001, pp. 207-214.
- MOCHOCHOKO, P., “International Cooperation and Judicial Assistance”, en R. LEE, *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 306-317.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF. 183/9, Roma, 17 de julio de 1998, UNTS, vol. 2187, Preámbulo, párr. 4-5.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Reglas de Procedimiento y Prueba*, IT/32/Rev. 45, enmendadas el 8 de diciembre de 2008.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *S/Res/1970* (2011), de 26 de febrero de 2011, párr. 4-5.
- RASTAN, R., “The Responsibility to Enforce. Connecting Justice with Unity”, en C. STAHN y G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice or the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, pp. 163-182.
- SLUITER, G., “Obtaining Cooperation from Sudan- Where is the Law?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, núm. 5, pp. 871-884.
- TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck-Hart-Nomos, 2a ed., Múnich, 2008.

# SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

## **Seleccionados en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional**

Autoria em casos de irresponsabilidade organizada:  
uma proposta de sistematização dos critérios do Tribunal  
Penal Internacional

*Lucas Nogueira Garcez*

La doctrina de la empresa criminal conjunta  
en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación  
en el Estatuto de Roma

*Miren Odriozola-Gurrutxaga*

Narcotráfico: ¿Un crimen de lesa humanidad en el  
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional?

*Salvador Cuenca Curbelo*

# Autoria em casos de irresponsabilidade organizada: uma proposta de sistematização dos critérios do Tribunal Penal Internacional

Lucas Nogueira Garcez\*

*Fecha de recepción: noviembre 30 de 2012.*

*Fecha de aprobación: junio 17 de 2013.*

**Para citar este artículo:** NOGUEIRA, L., "Autoria em casos de irresponsabilidade organizada: uma proposta de sistematização dos criterios do Tribunal Penal Internacional", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 1, 2013, pp. 62-85.

## Resumo

Estabelecido em 2002, o Tribunal Penal Internacional foi a primeira corte permanente com competência para investigar e julgar crimes contra a humanidade. Embora recente, a Corte já tem uma jurisprudência considerável na qual tem fixado critérios para determinar autores e cúmplices. Avaliar criticamente as escolhas de uma Corte depende primeiramente de uma visão geral de quais são essas escolhas. Assim, o presente ensaio analisa e sistematiza, por meio de um diagrama de decisão, os critérios fixados na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para se determinar autores e cúmplices.

**Palavras chave:** autor, cúmplice, sistematização, Tribunal Penal Internacional.

## Resumen

Establecido en 2002, el Tribunal Penal Internacional fue la primera corte permanente con facultad para investigar y juzgar crímenes contra la humanidad. A pesar de ser reciente, la Corte ya tiene una jurisprudencia considerable en la cual se han fijado criterios para determinar autores y cómplices. Evaluar críticamente las elecciones de una Corte depende, en primer lugar, de un visión general de cuáles son esas elecciones. De esta manera, el presente ensayo analiza y sistematiza, a través

---

\* Lucas Nogueira Garcez é aluno de Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP) e graduado em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO-FGV), cujo Trabalho de Conclusão de Curso, orientado pela Profa. Dra. Marta Rodríguez e defendido em 2012, serviu de base para o presente ensaio. Contato: lucas. Correo electrónico: lucas.garcez@gvmail.br

de un diagrama de decisión, los criterios fijados en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para determinar autores y cómplices.

**Palabras clave:** autor, cómplice, sistematización, Corte Penal Internacional.

## **Abstract**

Established in 2002, the International Criminal Court was the first permanent court with jurisdiction to investigate and judge crimes against humanity. Although recent, the Court has a significant number of precedent cases, in which it has set criteria to define perpetrators and accessories. The critical evaluation of the choices of a Court depends firstly on having a general view of which are those choices. This essay analyses and systematizes, by a decision diagram, the criteria established in the precedents of the International Criminal Court to define perpetrators and accessories.

**Keywords:** perpetrator, accessory, sistematization, International Criminal Court.

## **I. Introdução**

Atribuir a responsabilidade por um determinado fato a um indivíduo não é um raciocínio intuitivo: ele pode ser feito de varias maneiras, usando critérios distintos. Uma das etapas de atribuição de responsabilidade penal, que tem impacto direto na efetividade de um sistema, é o conceito de autor. Quando se pode dizer que alguém é autor de um crime? Responder a essa pergunta pode parecer fácil diante de exemplos simples de crimes. No entanto, quando o crime é cometido através de uma organização e a sua concepção e execução estão divididas entre várias pessoas, a resposta fica obscura. Um critério menos abrangente de autor implicará na punição apenas de alguns executores do crime. Critérios mais abrangentes poderão implicar a punição de todos os executores e dos mentores do crime. Quaisquer que sejam os objetivos fixados para a política criminal, não se deve apenas debater quais condutas serão objeto de proibição, mas também de que forma serão objeto de proibição, ou seja, por meio de quais parâmetros os tipos serão aplicadas.

A autoria se insere nas etapas de análise da teoria do delito como um desdobramento da idéia de nexos de causalidade<sup>1</sup>. Inicialmente, prevaleceram teorias causais da autoria. Numa teoria puramente causal da autoria, parte-se do pressuposto de que toda ação fisicamente ligada ao resultado, sem a qual o crime não poderia acontecer, é causa natural do crime<sup>2</sup>. Assim, sob o ponto de vista de uma definição puramente causal de autoria, todos que agiram dando causa ao crime seriam igualmente responsáveis, independente de suas intenções ou motivos. Diante dos

1 PRADEL, J., Dalloz, 3ª ed., Paris, 2008, pp. 117-119.

2 ROXIN, C., Marcial Pons, 7ª ed., Barcelona, 2000, pp. 23-24.

diversos problemas oferecidos por essa perspectiva, afastou-se das considerações naturalísticas em prol de visões normativas.

As escolas de pensamento da teoria do delito partem de pressupostos filosóficos distintos para se estruturarem. Teorias que vêem o Direito Penal como um meio para se alcançar um determinado fim, admitindo que os critérios de imputação são construídos, diferem muito de teorias que acreditam numa estrutura ontológica da ação, ou seja, de que há uma definição de ação intrínseca a sua existência<sup>3</sup>. Assim como a teoria do delito, o conceito de autoria evoluiu ao longo do tempo. Limites práticos e mudanças de pressupostos filosóficos levaram a cabo o desenvolvimento de novas definições. Vale destacar, inclusive, que o conceito de autoria incorpora, em certas correntes teóricas, critérios antes atribuídos a outras etapas da teoria do delito, se tornando-se, por vezes, uma “super categoria”, que compreende não só nexos de causalidade, mas também dolo e culpabilidade, deixando de lado apenas a discussão sobre algumas excludentes. Como demonstraremos mais adiante, tal crescimento do conceito de autor pode ser notado na jurisprudência da ICC.

Podemos destacar três grandes correntes sobre a posição e a forma da autoria na teoria do delito: a da teoria objetivo-formal, que dá ênfase ao tipo penal, a da teoria objetivo-material, que dá ênfase ao fato, e a da teoria subjetiva, que dá ênfase a aspectos intra-psíquicos dos agentes envolvidos. Há também teorias mistas intermediárias, que combinam elementos das demais. Vale destacar que discussões pertinentes às três correntes estão presentes na jurisprudência da ICC. O tribunal dialoga, inclusive, com a teoria do domínio do fato de Claus Roxin, que incorpora critérios tanto subjetivos quanto objetivos em sua análise.

O objetivo deste ensaio é sistematizar as discussões acerca da autoria na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court, ICC), apontando as críticas e dificuldades oferecidas pelos critérios já fixados pela Corte. Vale destacar aqui que não é o foco desse trabalho a discussão da possibilidade dogmática das cortes adotarem esta ou aquela posição, tendo em vista as normas do Estatuto de Roma. Embora sejam discutidas algumas incongruências dos critérios fixados, a preocupação principal é a facilidade de sistematização dos critérios com a elaboração de um sistema coerente e fechado.

Para os propósitos desse ensaio, é importante ter em mente que há dois momentos processuais em que o tribunal se manifesta sobre autoria. Em primeiro lugar, ao fim da fase de instrução, há a *confirmation of charges hearing*, audiência em que uma Câmara Preliminar analisa se há suporte fático suficiente indicando que o acusado cometeu os crimes que lhe são imputados. Só então se inicia a fase

3 ROXIN, C., Civitas, Madrid, 1997, p. 199.

de julgamento<sup>4</sup>. Em segundo lugar, com a pronúncia do acusado, há a audiência de julgamento, em que o colegiado de uma Câmara de Primeira Instância preferirá decisão condenando ou não o acusado. Vale destacar que, uma vez que é nela que se analisa se há o suporte fático suficiente para a imputação, a confirmação da acusação debate não somente o aspecto probatório, mas também os aspectos normativos da autoria. Inclusive, os debates da fase de julgamento se orientam, em grande medida, pelos argumentos da Câmara Preliminar na decisão de pronúncia.

Assim, a análise se concentrou nas decisões de pronúncia e de julgamento disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal Penal Internacional (ICC) até Março de 2013. Analisadas as decisões, foram compilados os critérios nelas fixados. Vale lembrar que, por vezes, as decisões são contraditórias entre si e que determinadas situações ainda não foram discutidas pela corte. Nesses casos de omissões e contradições foram escolhidas as soluções que pareciam ser mais coerentes com a sistematização dos critérios. Assim, diante de uma situação na qual os critérios possíveis de sua classificação são múltiplos e alternativos, sem adoção de nenhum pela corte, seja pela ausência de precedente debatendo a situação, seja pela presença de decisões contraditórias, optou-se pelo critério que seria mais coerente com os demais fixados.

Passamos, então, para a análise da jurisprudência da ICC será a base para a sistematização proposta. Serão analisados os conceitos de autor e coautor, mediato e imediato, bem como o de cúmplice e de superior responsável por omissão. Em seguida, serão apresentados os pontos em que a jurisprudência ainda não é clara e, por fim, será apresentada a sistematização e considerações finais.

## II. A autoria na ICC

### A. Aspectos gerais do conceito de autoria na jurisprudência da ICC

De maneira geral, a doutrina<sup>5</sup> aponta que são classificados como autores aqueles que cometem o ato, ou dominam o fato. Se o fizerem conjuntamente com terceiros, fazendo um plano comum e oferecendo contribuições individuais essenciais à concretização do fato, serão coautores. Os cúmplices<sup>6</sup>, por sua vez, não contribuem de maneira essencial, mas aumentam o risco de concretização do resultado.

De acordo com a jurisprudência da ICC, para enquadrar uma conduta em um dos diferentes modos de responsabilidade dispostos no Estatuto de Roma, é necessário determinar se a conduta foi uma ação em sentido estrito ou uma omissão. Isso porque o tratamento jurídico de cada uma das situações é diferente tanto no Estatuto

4 GOUVEIA, J., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 400-401.

5 AMBOS, K., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pp. 198-199.

6 Id., p. 337.

quanto na jurisprudência. Com relação ao caso da ação propriamente dita, embora não haja muito debate explícito acerca do tema nas decisões da ICC, a corte adota um conceito que parece estar na base de todas as decisões. Tal conceito se aproxima da definição dada por Beling<sup>7</sup>, segundo a qual a ação deve ser uma conduta voluntária. Em diversas decisões se aponta com relativa clareza que é necessário que o suspeito tenha desejado adotar a conduta em questão. Exemplo disso é que, em meio às discussões acerca dos aspectos subjetivos constantes do artigo 30, a Corte atentou que é necessário que “le suspect entend adopter le comportement en question”<sup>8</sup>. Logo, tudo indica que há necessidade que se deseje adotar o comportamento em questão. Assim, adotou-se como ponto de partida a existência de uma conduta voluntária.

Dada a existência de uma ação, o próximo passo é determinar se ela enseja a classificação de autor ou de cúmplice. A corte<sup>9</sup> lembra que há três teorias possíveis para fazer a distinção: a objetiva, a subjetiva e a do controle exercido sobre o crime. A teoria objetiva estabeleceria um critério físico, claramente rejeitado pelo Estatuto, que admite a prática de crimes através de um terceiro, havendo um autor mediato e outro imediato. Já na teoria fundada exclusivamente no critério subjetivo, haveria uma insuficiência do ponto de vista da distinção de autores e cúmplices. As pessoas que conhecem a intenção de um grupo de indivíduos de cometer o crime e que visam facilitar a atividade criminosa com uma contribuição intencional seriam consideradas autores principais e não cúmplices, independentemente da natureza e importância da sua contribuição. Logo, pode-se dizer que a corte optou pela teoria centrada no controle exercido sobre o crime<sup>10</sup>.

Em virtude dessa opção, a contribuição essencial é adotada como pressuposto básico das modalidades de responsabilização contidas no artigo 25, (3), (a)<sup>11</sup>. De acor-

7 “La acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa conducta [...]”. BELING apud ROXIN, cit., p. 237.

8 ICC, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, de 15 de junho de 2009, par. 356.

9 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 de setembro de 2008, par. 480-484.

10 Id., par. 485-486; e VAN DER WILT, H. G., “The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility”, vol. 7, núm. 2, 2009, p. 310.

11 ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, 29 de janeiro de 2007, par. 341; *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de março de 2012, par. 989; *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b), cit., par. 350; ICC, *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 488; *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Regulations of the Court and Severing the Charges Against the Accused Persons, ICC-01/04-01/07-3319, 21 de novembro de 2012, par. 33; *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12-1, 29 de fevereiro de 2012, par. 13.

do com as decisões da ICC se, além de significativa, a contribuição for essencial, o agente poderá ser considerado autor, e não partícipe. Diz-se que uma contribuição é essencial quando sem ela o fato não teria ocorrido. A ela pode ser um elemento imprescindível do crime ou, pelo menos, da realização do plano coletivo que realizou os elementos materiais do crime<sup>12</sup>. O caráter essencial da contribuição implica, portanto, um controle sobre o crime, uma vez que a omissão do agente teria impedido a concretização do fato punível. Assim, a corte afirma haver controle sobre o crime quando a contribuição é essencial. Logo, nos casos de autoria ou coautoria, mediata ou imediata, a corte afirma que deve haver controle sobre o crime. Dado tal critério objetivo, a corte também fixa um critério subjetivo correspondente, segundo o qual é necessário que o agente soubesse que tinha, efetivamente, controle sobre o crime<sup>13</sup>.

Por outro lado, para modalidades de responsabilização constantes das demais alíneas, a corte parece entender que basta uma contribuição significativa<sup>14</sup>. Nessa perspectiva, há contribuições que são insignificantes perante a intenção dos redatores do estatuto. A contribuição deve, portanto, cumprir um requisito mínimo de importância. A corte assume que a definição de contribuição significativa não tem uma lista exaustiva de características, sendo determinada caso a caso. Dessa forma, os julgadores apenas listam possíveis parâmetros que podem orientar a análise: a) a mudança ou não do nível de participação depois de conhecer o plano ou a finalidade criminosa da ação conjunta; b) eventuais esforços feitos para prevenir ou impedir a prática dos crimes; c) se a participação da pessoa foi executando o plano criminoso ou o concebendo; d) a posição do agente no grupo ou em relação ao grupo; e) o papel do agente diante da dimensão e gravidade do crime<sup>15</sup>.

Além da contribuição essencial abordada acima, as modalidades de responsabilização do artigo 25, (3), (a), têm em comum certos critérios subjetivos. Todas as decisões que versam sobre o artigo 25, (3), (a) discutem a questão do dolo. Sem o

12 ICC, Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 346; Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 524; Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b), cit., par. 350.

13 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 534.

14 Nesse sentido, a corte afirma que a contribuição requerida para a incidência das alíneas (b) a (d) do artigo 25, (3) deve ser menor do que a contribuição essencial exigida pela alínea (a). ICC, Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 335-337; Da mesma forma afirma que o artigo 25, (3) organiza suas alíneas por uma hierarquia de participação no crime, em que (a) o maior grau possível de controle sobre o crime. ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 de diciembre de 2011, par. 279; Mais adiante, afirma que nos tribunais tem-se adotado como requisito a contribuição, ao menos, significativa e adota tal critério como nível mínimo de contribuição apta a ensejar qualquer tipo de responsabilidade. ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 280 e 283; Tal visão é confirmada na decisão: ICC, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Implementation of Regulation 55, cit., par. 33.

15 ICC, Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 342 y 347; Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 999.

dolo não há responsabilidade, salvo em alguns casos específicos, que serão discutidos mais adiante. O critério adotado para o dolo abrange o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual<sup>16</sup>.

Com relação ao dolo eventual, a corte afirmou que é necessária uma subdivisão. Embora em todos os casos de dolo eventual o agente saiba que há a probabilidade de que sua conduta leve à concretização dos elementos materiais do crime, mas ainda assim leva a cabo sua conduta, sabe-se que essa probabilidade é muito variável. Assim, a corte estabeleceu que, para altos níveis de probabilidade, basta que o agente, conhecendo a existência de uma probabilidade, tenha objetivamente mantido a conduta. Se a probabilidade de realização dos elementos materiais do crime a partir da conduta do agente for pequena, no entanto, a corte exige que haja uma manifestação expressa do agente aceitando a ocorrência do resultado<sup>17</sup>. Ocorre que, atualmente, o critério parece ter sido relativizado. Isso porque posteriormente, a Corte<sup>18</sup> rejeitou completamente a possibilidade de qualquer forma de dolo eventual, dado que, no momento da redação do artigo 30 do Estatuto, optou-se expressamente pela redação “*advindra dans le cours normal des événements*” e não “*pourrait advenir*”, indicando que não se pretendia abarcar do dolo eventual.

Em outra decisão mais recente a Corte, apesar de afirmar que acompanha a posição da decisão ICC-01/05-01/08-424, excluindo a possibilidade de dolo eventual, sustenta que o elemento subjetivo do artigo 30 está preenchido se o coautor estiver consciente da existência de um risco que não seja fraco<sup>19</sup>. Assim, embora afirme uma concordância com a segunda visão fixada pela corte, a decisão mais recente é menos incisiva nesse ponto, não exigindo certeza prática, mas apenas um risco muito grande. Dessa forma, na elaboração do diagrama optamos por manter o dolo eventual mas excluir sua aplicação sobre riscos pequenos.

## **B. Autoria Mediata e Imediata**

A corte estabelece os critérios que definem a autoria mediata na expressão “*through another person, regardless of whether that person is criminally liable*” constante do artigo 25, (3), (a) do Estatuto de Roma. Em virtude dessa redação, a corte reconhece situações em que a atuação do suspeito é feita por terceiros por ele controlados. Dessa forma, há duas possibilidades de autoria mediata. A primeira, mais

16 ICC, Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 351-352.

17 Id., par. 364.

18 ICC, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b), cit., par. 369.

19 CC, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 1012.

discutida pela corte, ocorre quando o autor dispõe de um aparato organizado de poder, por ele controlado, para concretizar o crime<sup>20</sup>.

A teorização mais célebre dessa forma de responsabilidade, que serviu de base para corte é a de Claus Roxin. Roxin<sup>21</sup> aponta como fatores que determinam o domínio do fato em aparatos organizados de poder dessa modalidade: a) poder de comando decorrente da posição do autor; b) o descumprimento do Direito pela organização, c) a fungibilidade dos executores e d) a grande disposição dos executores para cumprir as ordens.

Na versão da ICC dessa forma de responsabilidade, se o controle da vontade dos executores se dá através de um aparelho de poder organizado, este deve ter as seguintes características: a) ser organizado e hierárquico<sup>22</sup>, b) ter um grande número de subordinados fungíveis<sup>23</sup>, c) ter mecanismos disciplinares estritos<sup>24</sup>. Esses elementos garantem o cumprimento automático da ordem. Isso porque a hierarquia e a organização garantem a transmissão da ordem bem como seu cumprimento, que, caso não ocorra, implica uma sanção pelos mecanismos disciplinares a substituição do executor por outro fungível do ponto de vista da organização, igualmente capaz de cumprir a ordem na forma em que foi estabelecida<sup>25</sup>.

A segunda, menos debatida, figura como residual, sendo os demais casos em que o autor mediato controla a vontade de terceiros, mas não em virtude de um aparato organizado de poder. Esse é o caso, por exemplo, do autor mediato que usa uma pessoa que não pode ser criminalmente responsável pelo crime. Um exemplo claro dessa situação é o comandante que, dispondo de conhecimentos dos quais seus subordinados não dispõem, dá a eles uma ordem aparentemente legal de execução de um crime<sup>26</sup>.

Um problema que surge quando se analisa essa segunda possibilidade de autoria mediata é que no artigo 25, (3), (b) o estatuto afirma que é imputável aquele que “orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted”. O diferenciaria, dessa forma, a alínea (b) e a autoria mediata da alínea (a)? Embora não responda explicitamente a questão a corte sustenta que o artigo 25

20 ICC, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 962; , Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 514.

21 ROXIN, C., “Apuntes sobre la Sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú”, en K. AMBOS e I. MEINI (org.), Ara Editores, Lima, 2010, pp. 98-102.

22 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 512.

23 Id., par. 515-516.

24 Id., par. 513 y 518.

25 OLÁSOLO, H., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 195-197.

26 Id., pp. 181-188.

fixa uma hierarquia dos níveis de contribuição<sup>27</sup>. Assim, a alínea (b) se aplicaria a casos em que a contribuição não é essencial, se tratando de uma situação de cumplicidade e não de autoria. Analisaremos com mais precisão o tema no item III.

### C. Co-autoria

A questão da prática conjunta do crime é amplamente debatida pela corte. De acordo com a ICC<sup>28</sup>, para haver co-autoria é necessário que uma ou mais pessoas, mediante um acordo comum, controlem o fato, seja exercendo o comando em conjunto seja atuando diretamente, aportando contribuições equivalentes, com conhecimento mútuo e consciência tanto das circunstâncias fáticas que lhe permitem dominar o fato quanto da probabilidade de que a concretização do fato leve à ocorrência dos elementos materiais do crime.

Vale destacar que, para a ICC<sup>29</sup>, como se trata de autores, e não de partícipes, para que esteja caracterizado o domínio do fato, o *dominus* tem que ser essencial à consumação do crime. Assim, todas as contribuições equivalentes em questão devem ser essenciais, ou seja, sem as quais o crime não seria possível<sup>30</sup>.

Como já foi levantado, é necessário que essas contribuições sejam coordenadas por um plano partilhado com objetivos comuns<sup>31</sup>. O plano comum não precisa ter um objetivo criminoso, mas apenas um elemento de criminalidade. Logo, basta o plano assumir a produção dos elementos materiais do crime na presença de determinadas circunstâncias para estar preenchido o requisito<sup>32</sup>.

Em decisão recente a corte acrescentou que o elemento de criminalidade do plano comporta uma ponderação de risco, ou seja, basta que haja um risco suficiente de que, concretizado o plano, o curso normal dos eventos leve à ocorrência dos elementos materiais do crime para que esteja preenchido o requisito<sup>33</sup>. Em seguida, há um requisito subjetivo correlato: É necessário que os agentes saibam do risco em questão<sup>34</sup>.

27 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 279; Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fullford, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de março de 2012, par. 8.

28 OLÁSOLO, cit., pp. 491-495; ICC, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 980-981, 986 e 989.

29 OLÁSOLO, cit., pp. 500-507.

30 ICC, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 999; Pre-Trial Chamber II, Decision on the Implementation of Regulation 55..., cit., par. 33.

31 ICC, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 1006.

32 ICC, Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 344.

33 ICC, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 982 e 984.

34 ICC, Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 343-344; Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 982.

#### **D. Co-autoria mediata e imediata**

Apresentados os critérios que definem a autoria e a coautoria, bem como a autoria mediata e imediata, vale notar que é possível a combinação entre essas modalidades. É possível, por exemplo, que dois superiores induzam conjuntamente um único subordinado a erro, fazendo com que esse cometa o crime, caso em que a autoria mediata é partilhada pelos dois superiores. Da mesma forma, é possível que haja coautoria mediata por domínio da organização. É o caso do controle da organização exercido em conjunto por um grupo de pessoas cujas contribuições são essenciais para que organização opere segundo seu plano comum<sup>35</sup>. Isso porque para que incida o regime jurídico da co-autoria e da autoria mediata devem estar presentes os requisitos impostos a ambos os casos<sup>36</sup>. Dessa forma, é necessário que<sup>37</sup>: a) o agente tome parte num plano comum com terceiros, b) o agente e os demais contribuam essencialmente e de maneira coordenada com esse plano, c) o agente tenha controle sobre a organização, d) a organização seja um aparato organizado e hierárquico de poder, e) a execução do delito esteja assegurada pelo cumprimento automático das ordens dos superiores, f) o agente tenha os requisitos subjetivos comuns do delito e, além disso, tenha consciência que exerce o controle da organização e que o plano comporta um elemento de criminalidade. Como já destacamos, o referido elemento de criminalidade do plano não precisa ser uma certeza sobre um resultado criminoso, podendo ser um juízo de probabilidade.

Podemos citar dois exemplos de manifestação desse caso. Num primeiro um grupo de pessoas faz um plano comum, assumindo uma grande probabilidade de incorrer nos elementos matérias de um crime com a sua execução. Dentre as pessoas desse grupo há uma que tem controle sobre um aparato organizado e hierárquico de poder, e cumpre seu papel no plano aportando uma contribuição essencial através desse aparato. Num segundo duas ou mais pessoas fazem um plano comum assumindo os mesmos riscos, mas nesse caso todos dividem o controle sobre uma mesma organização, sobre a qual têm poder de veto. Nesse caso o plano é integralmente executado através da organização, mas como todos os membros do grupo partilham o controle com poder de veto suas contribuições são todas essenciais. De qualquer forma, do ponto de vista analítico, os dois casos cumprem os requisitos fixados pela corte de co-autoria mediata.

35 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 519.

36 OLÁSOLO, cit., p. 556.

37 Id., pp. 556-557.

### III. Cúmplice

Antes de passar à análise das responsabilidades por cumplicidade, dispostas nas alíneas (b) à (d) do artigo 25, (3) do Estatuto de Roma é necessário fazer uma ressalva acerca da alínea (f). A alínea (f) fixa a possibilidade de imputação pela tentativa do crime. Assim, se os agentes iniciam a execução dando um passo importante para a execução do crime, mas nem todos os elementos materiais do crime ocorrerem em virtude de circunstâncias alheias à(s) vontade(s) do(s) autor(es), eles serão, ainda assim imputáveis pela tentativa. A restrição das circunstâncias em que pode haver punição pela tentativa existe para estabelecer um limite entre a tentativa e a desistência. Isso porque em ambos os casos a cadeia de eventos que levaria à consumação do crime é interrompida. Nesse ponto a doutrina<sup>38</sup> salienta que o Estatuto tratou repetidamente do tema criando uma contradição. Para lidar com a desistência há uma alternativa negativa e outra positiva. Na negativa a desistência ocorre quando os requisitos da tentativa não estão todos preenchidos, no caso, a interrupção por circunstâncias fora do controle do agente. Na positiva há uma regulação em separado da desistência em que se afirma que quem desiste voluntariamente da conduta adotando uma ação ou omissão que impede a realização de todos os elementos materiais do crime não pode ser punido. Do ponto de vista estritamente técnico os dois casos se diferem, pois no primeiro caso há a falta de um dos elementos do tipo, de forma que o ato nem chega a ser punível e no segundo há um ato punível, cuja pena ou culpabilidade é suspensa por uma norma posterior. O debate acerca dessa distinção é, no entanto, pouco relevante para os fins desse trabalho. O que importa é que, ainda que de maneira dupla, o Estatuto impede a punição daquele que desiste ou impede a realização do crime (elemento objetivo) por voluntariamente desistir e se opor ao propósito criminoso (elemento subjetivo), reafirmando a regra que já fazia parte dos costumes internacionais<sup>39</sup>.

Vemos que a punição da tentativa é limitada pelo caso em que o crime é interrompido por circunstâncias causadas por uma ação ou omissão voluntária do agente, que se arrepende do crime e decide impedi-lo. Assim, a priori, parece ser possível haver autoria e coautoria, mediata e imediata, de crimes tentados. Ocorre que a corte fixou outro limite à punição da tentativa. É o caso das contribuições que se encaixam na cumplicidade. De acordo com a corte<sup>40</sup>, nesse caso, há uma relação de dependência entre a conduta do cúmplice e a realização do crime pelos autores, de forma que só pode haver cumplicidade se um autor ao menos tentou a prática cri-

38 AMBOS, cit., pp. 395-397.

39 CASSESE, A., Oxford University Press, Nueva York, 2008, pp. 220-225.

40 ICC, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 998.

minosa. Além disso, do ponto de vista literal, nem a corte nem o Estatuto parecem indicar a existência de cumplicidade tentada. A redação da alínea (f) fala apenas em tentar cometer o crime e não em tentar contribuir.

Dito isso, passamos à análise da cumplicidade. Como já foi estabelecido, o primeiro passo para determinar se houve cumplicidade é avaliar se o crime não foi tentado. Se todos os elementos materiais do crime ocorreram, o passo seguinte, de acordo com a Corte é determinar o grau de contribuição. Isso porque, como já foi colocado, a corte afirma que não é qualquer contribuição que pode ser considerada como suporte fático das normas do Estatuto de Roma. Segundo a Corte sem uma limitação a imputação seria abrangente demais. Assim a Corte fixa como critério o caráter significativo ou importante da contribuição<sup>41</sup>. Se a contribuição não for ao menos significativa ela não está apta a ensejar qualquer punição na forma do Estatuto.

Havendo uma contribuição significativa, resta determinar se a contribuição se enquadra na alínea (c) ou (d) do artigo 25, (3). Nesse ponto a sistematização da jurisprudência é ardua, uma vez que os debates sobre a questão são muito obscuros. Três distinções são traçadas pela corte. A primeira diz respeito ao tempo da contribuição. De acordo com a Corte<sup>42</sup>, dado o caráter residual das contribuições absorvidas pela alínea (d), que é a última na escala de importância da contribuição, apenas nela podem ser encaixadas as contribuições após o fato. Assim, para que a contribuição enseje a reponsabilidade constante da alínea (c), a contribuição não pode se ex post facto. Além disso, a alínea (c) requer, na visão da Corte<sup>43</sup>, que a contribuição tenha sido feita almejando o resultado (dolo direito de primeiro grau).

A responsabilidade na forma da alínea (d) tem, como já foi apontado, menos requisitos. É necessário que haja um crime consumado, que o agente tenha contribuído significativamente, e que conheça o aspecto criminoso do plano do grupo<sup>44</sup>. Não é necessário dolo direito de primeiro grau. Será suficiente a contribuição feita, ainda que não desejando o resultado, assumindo a certeza ou uma probabilidade alta de que ele ocorresse uma vez concretizado o plano. Finalmente, essa modalidade de responsabilidade abarca tanto pessoas de dentro do grupo como fora<sup>45</sup> (discutiremos essa questão com maior profundidade no item V).

Com relação à responsabilidade da alínea (b), que aponta como punível a solicitação, ordem ou indução de uma prática ilícita, apesar da escassa discussão da corte, parece ser mais coerente com a interpretação adotada da corte classificá-la

41 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 276-281.

42 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 286-287.

43 Id., par. 289.

44 Ibid.

45 KISS, A., *La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, InDret, Barcelona, 2013, pp. 26-29, 31.

como uma forma de cumplicidade. Isso porque a própria Corte parte do pressuposto que o artigo 25, (3) colocou as alíneas na ordem de relevância das contribuições e porque a alínea (a) fala da autoria mediata e da coautoria, sobrando para a alínea (b) as incitações, solicitações e ordens não essenciais<sup>46</sup>. Os atos listados na alínea (b) são típicos de uma contribuição mediata. Como o tratamento das contribuições essenciais mediatas se exaure na alínea (a) concluímos que as contribuições da alínea (b) são mediatas, porém não essenciais. Outra razão para essa conclusão decorre do fato de que a jurisprudência internacional tem fixado para a participação por ordem o requisito da posição de autoridade<sup>47</sup>. Nessa, aquele que tem posição de autoridade suficiente para influenciar a conduta dos autores, sem sobre eles exercer controle, é considerado partícipe por ordem. Podemos concluir que, se a posição garante influência, mas não controle, ela não é essencial ao crime. Isso porque reconstruindo a cadeia de eventos e admitindo a autonomia da vontade dos autores materiais a ausência da ordem não inviabilizaria de forma alguma a prática do crime. No caso em que não é vinculante podemos dizer, inclusive, que a ordem e a incitação praticamente não se diferem. Do ponto de vista lógico, ordenar, solicitar ou pedir sem dispor de um controle disciplinar ou institucional da execução dos crimes difere de incitar apenas na construção verbal. Em ambos os casos trata-se de um comando não vinculante, não é essencial para a realização do crime, e que é aceito pela vontade autônoma do autor. Vale destacar que, para que a responsabilidade nessa forma ocorra, além da incitação, solicitação ou ordem, deve estar presente o requisito subjetivo, qual seja, que o suspeito assuma uma probabilidade substancial de que o crime seja levado a cabo como consequência de sua contribuição<sup>48</sup>.

#### IV. Superior Hierárquico e a Omissão

A análise da responsabilidade por uma omissão pressupõe, por óbvio, uma conduta que deveria ter sido adotada. Pode-se dizer que ela envolve duas cisões<sup>49</sup> que produzem quatro situações distintas. A primeira cisão é entre superior militar e superior civil. A segunda é a cisão entre omissões anteriores ao fato e posteriores ao fato.

O Estatuto de Roma estabelece como critério definidor do dever de conduta a posição hierárquica. Assim, a corte<sup>50</sup> fixa o primeiro requisito da aplicação da res-

46 ICC, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 998-999.

47 OLÁSOLO, cit., p. 621-622.

48 (48) Id., p. 627.

49 NERLICH, V., "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?", vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 667-669.

50 ICC, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b), cit., par. 404-443.

ponsabilidade é a posição de superior. De acordo com o Estatuto<sup>51</sup> há dois regimes jurídicos para tal posição: uma para superiores militares e outra para superiores não-militares. Cabe lembrar que a posição dos militares pode ser exercida, de fato, por civis. Nesse caso aplica-se o regime pertinente aos militares. Vale destacar que, nos dois casos, a posição de superior deve ser efetiva, ou seja, deve haver uma possibilidade de fato de atuação sobre os subordinados, e não apenas formal<sup>52</sup>. Nos dois casos deve haver uma omissão dos deveres de agir para impedir ou, sendo impossível, de agir para punir os subordinados ou, sendo isso também impossível, de agir para comunicar a autoridade competente para fazê-lo<sup>53</sup>. Diz-se “agir para”, pois se trata de uma questão de probabilidade e não de certeza. É preciso que o superior tenha feito tudo que estava em seu alcance, interferindo na probabilidade da ocorrência do fato, da punição dos subordinados ou da comunicação dos superiores<sup>54</sup>. Há uma especificidade objetiva no caso do superior civil: não basta que ele tenha o comando para tomar as providências referidas, é necessário que ele seja o funcionário responsável pela questão.

Do ponto de vista subjetivo é necessário que o superior saiba, ou deva saber, dos crimes, no caso dos militares, ou tenha deliberadamente desprezado a informação que os crimes ocorriam, no caso civil<sup>55</sup>. Assim, é possível ver que o teste é mais restritivo com os civis. Estes precisam ser especificamente responsáveis e terem sido expressamente negligentes<sup>56</sup>.

Uma dúvida pertinente que surge nesse ponto da sistematização é qual é a natureza jurídica da responsabilidade do superior por omissão. Dado seu vínculo com o crime base, a omissão do superior opera como um elemento de favorecimento de outro crime. Assim, seria uma forma de cumplicidade. Ocorre que, conforme já citado, a corte separa coautores de cúmplices em virtude do peso da contribuição. Se a omissão em questão foi uma contribuição essencial não seria ela uma modalidade de coautoria? De qualquer forma, os testes aplicados pela corte são testes de probabilidade e não de certeza, de forma que não se aprofunda a análise o suficiente para determinar se a omissão foi contribuição essencial. Dessa forma, parece ser mais adequada para fins de sistematização, a idéia de que a responsabilidade do superior é uma forma cumplicidade e não de coautoria<sup>57</sup>.

51 AMBOS, cit., pp. 385-386.

52 Id., p. 351.

53 OLÁSOLO, cit., pp. 767-768.

54 Id., p. 789.

55 Id., pp. 796-797.

56 Id., p. 808.

57 Id., pp. 809-817.

## V. A proposta de sistematização

Os critérios fixados na Parte Geral são tão importantes quanto os tipos para se avaliar, sob qualquer ponto de vista, um sistema penal. A sistematização facilita a análise e a crítica, pois torna os critérios utilizados na jurisprudência mais claros. Baseada na análise feita neste artigo foi formulada uma proposta de sistematização do conceito de autor no Estatuto de Roma e na Jurisprudência da ICC, consolidada no diagrama de jurisprudência da figura 1 em anexo. O diagrama nos permite observar o fenômeno de absorção de elementos pela autoria: o conceito envolve elementos de dolo, culpabilidade, reprovabilidade, entre outros, que seriam, em geral, abordados em outras fases da teoria do delito.

Apesar de ser possível uma tentativa de sistematização desses critérios, como mostra o diagrama, diversas perguntas não têm resposta clara.

Uma dessas questões é o que ocorre quando alguém que aporta uma contribuição essencial, tendo o controle do crime, sabe que contribuiu, mas não sabe que sua contribuição era essencial. Nesse caso não há um dos elementos subjetivos da co-autoria. A solução adotada na sistematização é que a responsabilização se dê na forma da alínea (c). A alínea (c) exige intenção de contribuir e contribuição significativa. Pela lógica, toda contribuição essencial é significativa, mas nem toda contribuição significativa é essencial, de forma que estão preenchidos os requisitos da responsabilização da alínea (c).

Outra questão é a tentativa. Como a tentativa exige um “substantial step” para cometer o crime e a definição de autor do crime é dada pela alínea (a), podemos dizer que todas as formas de responsabilização aplicáveis à alínea (a) se manifestam na tentativa. Assim inserimos na sistematização, por exemplo, o caso de autoria mediato de um crime tentado.

Outra dúvida é a aplicação das alíneas (c) e (d) sobre contribuições não essenciais. A Corte determinou que a cooperação do cúmplice, na modalidade da alínea (c), requer a intenção de favorecer a prática criminosa<sup>58</sup> ao passo que contribuir de outra forma, na modalidade da alínea (d), incide já com o simples conhecimento de que a conduta adotada favorece a prática<sup>59</sup>. Assim, uma contribuição não essencial feita com o conhecimento do propósito do grupo, mas não com a intenção de favorecê-lo, não cumpriria os requisitos subjetivos da cooperação do cúmplice, mas apenas da contribuição em outra forma.

58 Id., 670-671.

59 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 274.

Ocorre que parte da doutrina argumentava que a responsabilidade da alínea (d) só abarcaria pessoas de fora do grupo<sup>60</sup>, de forma que uma contribuição interna feita apenas com conhecimento, mas sem intenção, restaria impune, por não cumprir os requisitos subjetivos da alínea (c) e por não cumprir o requisito objetivo da alínea (d). Para evitar tal lacuna, a corte decidiu que a responsabilidade de (d) abarcaria contribuições tanto externas quanto internas<sup>61</sup>. A distinção entre as duas alíneas, contudo, não se exauriu nessa questão. Além de diferenciá-las em termos subjetivos a corte as separou em termos temporais. A corte afirmou que a contribuição *ex post facto* não é abarcada pela alínea (c)<sup>62</sup>. O argumento que Corte adota para justificar esse limite da aplicação da alínea (c) é que, nos debates que antecederam sua redação, cogitou-se inserir uma menção expressa acerca da contribuição *ex post facto*, contudo quando o artigo foi redigido tal menção não foi feita. Assim, o silêncio só poderia significar uma rejeição de tal aplicação<sup>63</sup>. Assim, dado que a alínea (c) exige uma contribuição anterior ao fato, a corte se deparou com a seguinte questão: o que ocorreria com uma contribuição *ex post facto*? Parece intuitivo que, dado o caráter residual da alínea (d), a situação seria por ela absorvida. Assim, a corte resolve o problema da lacuna gerada por essa interpretação, recorrendo a esse caráter residual da alínea (d).

Essa solução cria, no entanto, uma incoerência. A expressão utilizada pelo Estatuto em tal disposição é “with the aim of furthering the criminal activity” ao passo que na alínea (c) é “for the purpose of facilitating the commission of such a crime”. Por uma interpretação literal parece mais adequado entender que *furthering* se refere a contribuições *ex post facto* e *facilitating* a contribuições antes do fato, de maneira inversa ao que fixa a corte. Se olharmos para definição tradicionalmente atribuída aos dois termos<sup>64</sup>, veremos que só se poderia interpretar *furthering* como *ex post facto*. *Facilitate* é tornar mais fácil, e não faria sentido tornar mais fácil uma ação que já foi efetuada, de forma que o termo pressupõe que a ação facilitada ainda não tenha ocorrido. Por outro lado *further* pode ser entendido como promover indo além, extendender a um grau maior. Dessa forma, fazendo uma leitura fria da redação em inglês do artigo, pareceria mais adequado interpretar de forma inversa da corte. Já na sua versão em língua francesa, que também é oficial, o Estatuto usa o termo *faciliter* nas duas alíneas, tornando mais viável a interpretação adotada pela corte.

60 KISS, cit., pp. 27-28.

61 OLÁSOLO, cit., p. 680.

62 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 285.

63 Id., par. 286.

64 WEBSTER'S COLLEGIATE DICTIONARY, The Riverside Press, Cambridge, 1916, pp. 361 e 408.

Uma objeção a essa crítica seria que as interpretações estritamente literais são pouco relevantes, porém a jurisprudência<sup>65</sup> (com exceção da decisão em apartado do juiz Fulford, que será discutida adiante) e a doutrina<sup>66</sup> têm sido estritas ao associarem à ordem das alíneas do artigo 25,3 uma hierarquia. Ora se a ordem fixada pelos redatores do estatuto é interpretada estritamente porque também não deveriam ser as palavras por ele utilizadas? Por fim, além do conflito com a interpretação literal, adotando essa posição da Corte em conjunto com a idéia da hierarquia das alíneas, todas as contribuições *ex post facto* são, a priori, necessariamente menos graves que as contribuições anteriores ao fato, o que é discutível.

Outra indagação que parece pertinente é aquela que diz respeito ao tratamento subjetivo dos membros do grupo. Ignorar o pertencimento ou não ao grupo para fixar o aspecto subjetivo parece contrariar o senso comum. Se o agente faz parte do grupo, a análise dos aspectos subjetivos poderia, de fato, ser menos aprofundada. Afinal, já é algo significativo passar a integrar um grupo conhecendo sua finalidade criminosa<sup>67</sup>. Parte-se de um contexto em que houve a adesão ao grupo. Dessa forma, também faria sentido que a análise dos aspectos subjetivos fosse mais aprofundada com quem contribui de fora do grupo, já que não se tem, nesse caso nenhum conhecimento prévio sobre o contexto da contribuição. Essa lógica parece indicar, inclusive, que haveria certa equivalência entre aderir a um grupo conhecendo sua intenção criminosa e contribuir externamente de maneira claramente dolosa, e não uma hierarquia entre elas. Estabelecendo uma hierarquia é difícil dizer qual conduta é mais reprovável, aderir ao grupo conhecendo sua intenção e contribuir internamente ou colaborar dolosamente de maneira externa<sup>68</sup>. A idéia da hierarquia só parece fazer sentido diante de uma contribuição externa dolosa e uma contribuição externa com simples conhecimento da intenção criminosa.

Tendo em vista a discussão apresentada sobre as incongruências e obscuridades do tratamento da cumplicidade, cabe discorrermos sobre a reflexão do juiz Adrian Fullford no caso Lubanga<sup>69</sup>. O juiz Fulford apresenta uma crítica muito interessante aos critérios fixados pela corte. Ele lembra que os critérios fixados vêm da tentativa de manter a idéia segundo a qual há uma hierarquia entre as alíneas do artigo 25, (3).

65 ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 999.

66 AMBOS, K., "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues", vol. 12, núm. 2, 2012, pp. 146-147.

67 Nesse sentido, KISS lembra que "Para formar parte del grupo, el imputado debe precisamente compartir la finalidad delictiva común, el propósito delictivo, o la intención de cometer un delito. No es posible formar parte del grupo sin presentar el elemento subjetivo que ello requiere". KISS, cit., pp. 27-28.

68 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 279; , Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fullford, cit., par. 8.

69 Ibid.

Ocorre que todas as dificuldades daí advindas seriam superadas se a idéia da hierarquia fosse superada. Assim, ele propõe uma leitura segundo a qual as alíneas não são modalidades alternativas de responsabilidade, mas elas se sobrepõem. Fazendo uma leitura fria não parece haver, por exemplo, distinção clara entre cometer o crime através de outros, conforme a alínea (a) e ordenar da alínea (b). De fato, tal leitura talvez facilitasse a concepção de uma teoria mais facilmente sistematizável.

## VI. Conclusão

As decisões da ICC até então guardam uma coerência geral, possibilitando, em larga medida, a sistematização. As decisões apontam a incorporação de quase todos os critérios da responsabilidade penal nos debates sobre autoria. Elas indicam, no entanto, há certos desafios que decorrem da dificuldade de se encaixar as modalidades tradicionais de responsabilização da teoria do Direito Penal Internacional na redação do artigo 25, (3) do Estatuto de Roma, sob o prisma da hierarquia no grau de participação.

Como lembra o juiz Fulford<sup>70</sup>, a distinção rígida das modalidades de responsabilidade faz sentido em certos sistemas, como o Alemão, uma vez que há critérios específicos de fixação da pena para cada forma de responsabilidade. Como não há essa rigidez no Estatuto de Roma, uma vez que a classificação das modalidades de responsabilidade opera apenas do ponto de vista terminológico-funcional<sup>71</sup>, os critérios poderiam ser sobrepostos sem problemas dogmáticos e subjetivamente avaliados no momento da dosimetria da pena. Ainda que se desejasse manter critérios e distinções já consagrados pela jurisprudência, escapar da rigidez da redação e da divisão dos elementos entre as alíneas possibilitaria fazer um sistema mais coerente.

Ademais, talvez fosse possível resolver o problema da *Joint Criminal Enterprise* que, apesar de estar tão presente nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, não encontra um encaixe perfeito na redação do Estatuto, que apenas estabelece a prática em grupo na coautoria, e não se manifesta expressamente sobre as outras contribuições dentro do grupo<sup>72</sup>.

70 ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 279; Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fullford, cit., par. 12.

71 CASSESE, cit., pp. 187-189; AMBOS, *A parte geral do Direito Penal Internacional*, cit., pp. 197, 276.

72 OHLIN, J., "Joint Criminal Confusion", vol. 12, núm. 3, 2009, pp. 406-419; OLÁSOLO, H., "Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal", núm. 3, 2009, p. 19.

## VII. ANEXO

### Parte 1

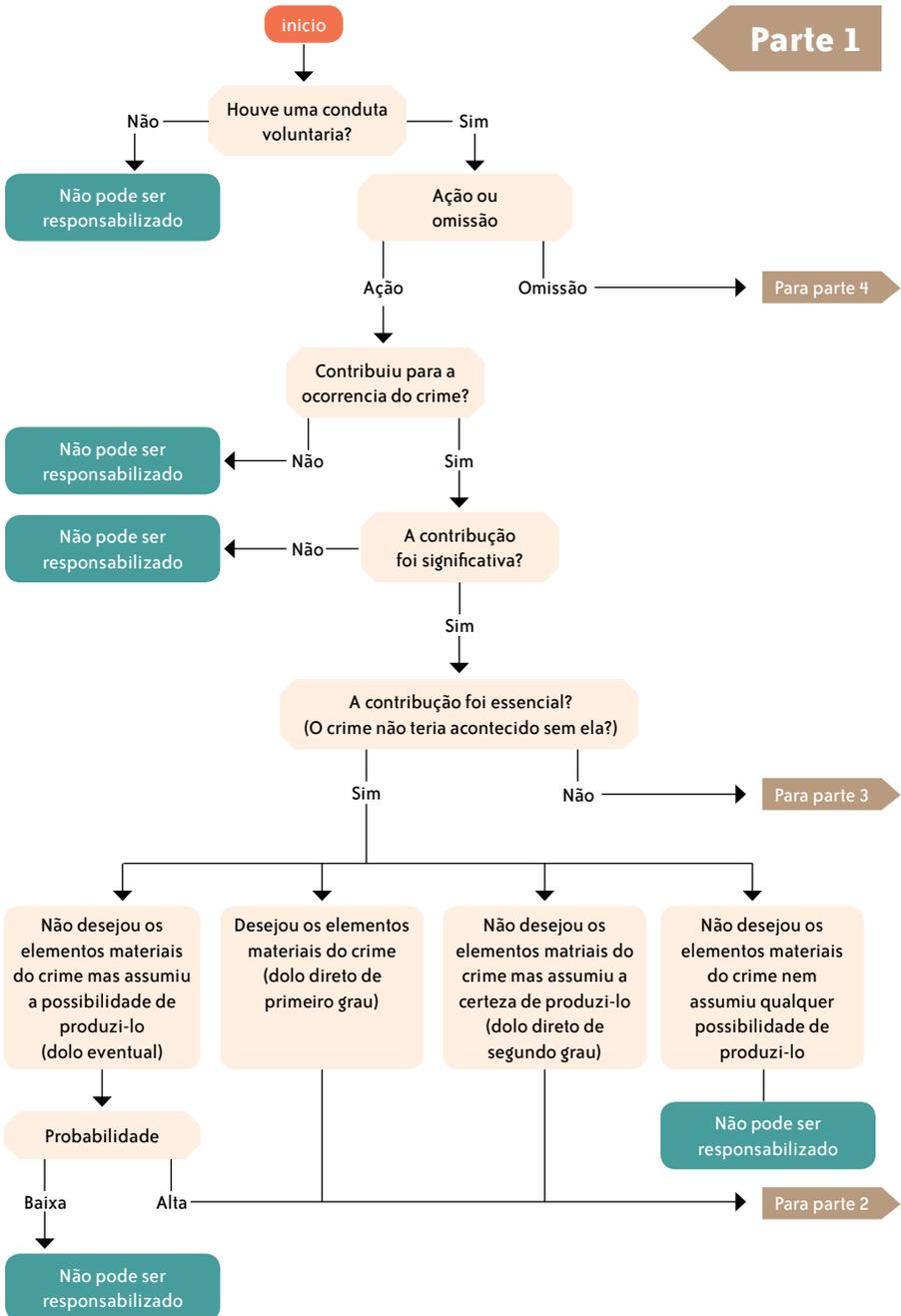


Figura 1. Diagrama de jurisprudência da ICC: Autoria e participação Parte 1

Fonte: Elaboração própria

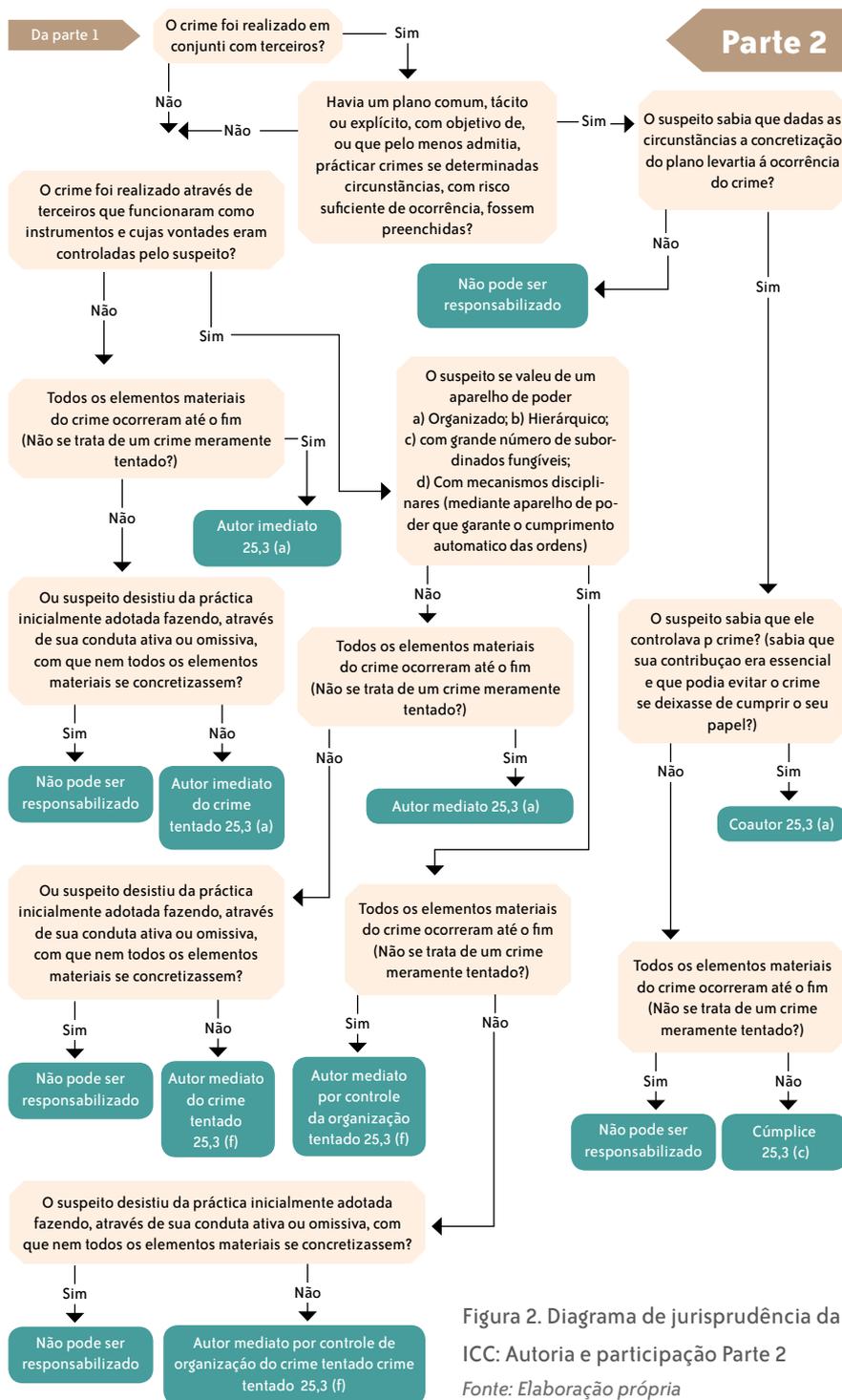


Figura 2. Diagrama de jurisprudência da ICC: Autoria e participação Parte 2  
Fonte: Elaboração própria

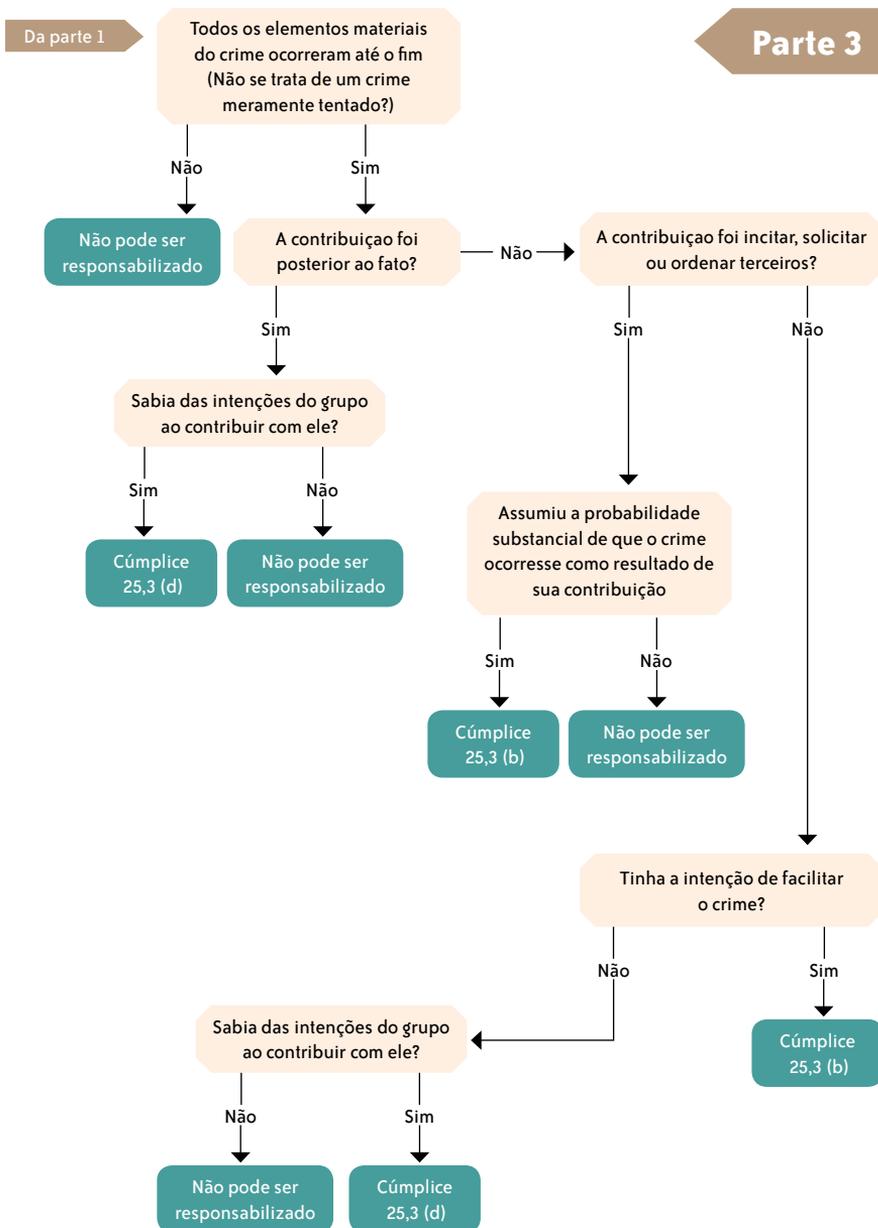


Figura 3. Diagrama de jurisprudência da ICC: Autoria e participação Parte 3

Fonte: *Elaboração própria*



## VIII. Referências

- AMBOS, K., “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, *International Criminal Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2012, pp. 115-153.
- AMBOS, K., *A parte geral do Direito Penal Internacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- BAZELAIRE, J. P. y CRETIN, Thierry, *A justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*, Barueri, Manole, 2004.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.
- DINH, N., DAILLIER, P. y PELLET, A., *Direito Internacional Público*, Lisboa, Fundação Calouse Gulbenkian, 2003.
- GOUVEIA, J. B., *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmatico-crítica*, Coimbra, Almedina, 2008.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 de dezembro de 2011.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 de setembro de 2008.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Regulations of the Court and Severing the Charges Against the Accused Persons, ICC-01/04-01/07-3319, 21 de novembro de 2012.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junho de 2009.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12-1, 29 de fevereiro de 2012.

- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, 29 de janeiro de 2007.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de março de 2012.
- KISS, A., “La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2013.
- NERLICH, V., “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 665-682.
- OHLIN, J., “Joint Criminal Confusion”, *New Criminal Law Review*, vol. 12, núm. 3, 2009, pp. 406-419.
- OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2009.
- OLÁSOLO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- PRADEL, J., *Droit Penal comparé*, Dalloz, 3ª ed., París, 2008.
- ROXIN, C., “Apuntes sobre la Sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú”, en K. AMBOS e I. MEINI (org.). *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 91-104.
- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, 7ª ed., Barcelona, 2000.
- ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte general*, Civitas, Madrid, 1997.
- VAN DER WILT, H. G., “The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 307-314.
- WEBSTER'S COLLEGIATE DICTIONARY, The Riverside Press, Cambridge, 1916.
- WERLE, G., “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 4, 2007, pp. 953-975.

# La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma\*

Miren Odriozola-Gurrutxaga\*\*

*Fecha de recepción: noviembre 30 de 2012.*

*Fecha de aprobación: junio 5 de 2013.*

**Para citar este artículo:** ODRIOZOLA, M., "La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 1, 2013, pp. 86-104.

## Resumen

El primer fallo de la Corte Penal Internacional ha confirmado que el Artículo 25 (3) del Estatuto de Roma se basa en la teoría del dominio del hecho para hacer la distinción entre autoría y participación. Por el contrario, desde 2003, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* construye el concepto de coautoría con base en la doctrina de la empresa criminal conjunta y emplea un criterio subjetivo de autor. En el presente texto analizaremos primero los problemas planteados por esta línea jurisprudencial de los tribunales *ad hoc*, para proseguir con el análisis del artículo del Estatuto de Roma que más parece asemejarse a la doctrina de la empresa criminal conjunta: el Artículo 25 (3) (d). El documento concluye que ninguna de las categorías de la empresa criminal conjunta tiene cabida en dicha disposición.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, modos de intervención criminal punible, Artículo 25 (3) (d) ER, empresa criminal conjunta, teoría del dominio del hecho.

## Abstract

The first judgment of the International Criminal Court has confirmed that article 25 (3) of the Rome Statute adopts the theory of control of the act to distinguish between principals and accessories. On the contrary, since 2003, the *ad hoc* tribu-

\* Este trabajo se ha desarrollado durante el período de disfrute de la beca concedida dentro del Programa de Becas de Formación de Personal Investigador del Gobierno Vasco (BFI-2011-144 MOD. AE)

\*\* Doctoranda en el Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU, 20018 Donostia-San Sebastián. Miembro de GICCAS/ Grupo de Investigación en Ciencias Criminales, Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua IVAC/KREI, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU, 20018 Donostia-San Sebastián.

Mi agradecimiento al Prof. Dr. Dr.h.c. José Luis de la Cuesta Arzamendi por la dirección del presente trabajo.

nals' case law bases the notion of co-perpetration on the Joint Criminal Enterprise doctrine, using a subjective criterion approach. In this article we will first analyze the problems raised by that case law of the ad hoc tribunals, and then, we will study the article of the Rome Statute which apparently most resembles the Joint Criminal Enterprise doctrine: article 25 (3) (d). The article concludes that none of the three categories of that doctrine is included in the said provision.

**Keywords:** International Criminal Court, modes of criminal liability, art. 25 (3) (d) Rome Statute, Joint Criminal Enterprise, theory of control of the act.

## Resumo

A primeira sentença da Corte Penal Internacional tem confirmado que o segundo artigo 25(3) do Estatuto de Roma se baseia na teoria d domínio do fato para realizar a distinção entre autoria e participação. Pelo contrário, desde 2003, a jurisprudência dos tribunais ad hoc construi o conceito de coautoria com base na doutrina da Empresa Criminal Conjunta, e emprega um critério subjetivo de autor. No presente artigo primeiro analisaremos os problemas planteados por esta linha jurisprudencial dos tribunais ad hoc, para prosseguir com a análise do artigo do Estatuto de Roma que mais parece se assemelhar à doutrina da Empresa Criminal Conjunta: o artigo 25(3)(d). O artigo conclui que nenhuma das categorias da Empresa Criminal Conjunta tem cabimento em dita disposição.

**Palavras-chave:** Corte Penal Internacional, modos de intervenção criminal punível, art. 25(3)(d) ER, Empresa Criminal Conjunta, teoria do domínio do fato.

## I. Introducción

La primera sentencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), dictada en el caso Lubanga, se caracteriza por clarificar algunas cuestiones fundamentales sobre las formas de autoría y participación recogidas en el Artículo 25 (3) del Estatuto de Roma (ER)<sup>1</sup>. Siguiendo lo establecido por la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) en la decisión de confirmación de cargos, la sentencia en el caso Lubanga acoge un modelo dualista que distingue entre autoría y participación. Conforme a este modelo, el apartado 3 (a) del Artículo 25 ER recoge el concepto de autoría en sus tres vertientes: autoría (directa) individual, coautoría y autoría mediata. Por su parte, los apartados 3 (b), 3 (c), y 3 (d) prevén distintas formas de participación

1 ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgement, ICC-01/04-01/06-2842*, de 14 de marzo de 2012 (en adelante, *Sentencia del caso Lubanga*).

en el delito cometido por otro<sup>2</sup>: ordenar, proponer e inducir en el apartado 3 (b) (con los problemas que plantea la inclusión de la acción “ordenar” en este apartado<sup>3</sup>), asistir a la comisión del delito como cómplice, encubridor o colaborador en el apartado 3 (c), y contribuir de algún otro modo en el crimen realizado por un grupo de personas en el apartado 3 (d).

La sentencia en el caso Lubanga acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación<sup>4</sup>, lo que le lleva a interpretar el apartado 3 (d), en el que se prevé la forma de responsabilidad penal que más se parece a la figura de la empresa criminal conjunta (en adelante, ECC), como una forma residual de participación en lugar de una expresión de la coautoría<sup>5</sup>.

La construcción jurisprudencial de la sentencia en el caso Lubanga choca de frente con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en esta materia, puesto que desde el caso Milutinović, en 2003, las Salas de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) construyen el concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la ECC, basándose así en un criterio subjetivo de autor<sup>6</sup>.

- 2 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 976-1018; ICC, *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngujolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-01/04-01/07-717*, de 30 de septiembre de 2008, para. 484-486 (en adelante, *Decisión del caso Katanga*); ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-01/04-01/06-803-Ten*, de 29 de enero de 2007, para. 320 (en adelante, *Decisión del caso Lubanga*); ESER, A., “Individual Criminal Responsibility”, en A. CASSESE, P. GAETA, y J. R. W. D. JONES (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 782; AMBOS, K., “Article 25/Special Print (update of the pages 743-770)”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Beck, Múnich, 2008, margen 2.
- 3 ESER, A., “Individual Criminal Responsibility”, cit., p. 782; AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, [En línea], *InDret*, núm. 3, 2012, p. 33. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>> [Consulta: 12.11.2012].
- 4 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 1003-1006; ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 480-486; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 328-338; OLÁSULO, H., “El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría mediata”, *Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, núm. 40, 2012, pp. 78-85. Como señala OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, núm. 3, 2009, p. 5. Disponible en <[http://www.indret.com/pdf/648\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/648_es.pdf)> [Consulta: 05.11.2012], es un criterio objetivo-material de distinción entre autoría y participación.
- 5 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 996; ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 483; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 337; OLÁSULO, H., “Reflexiones”, cit., p. 5.
- 6 ICTY, *Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dražoljub Ojdanić’s Motion challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, ICTY-99-37-AR72*, de 21 de mayo de 2003 (en adelante, *Decisión del caso Milutinović*); ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević, Appeals Chamber Judgement, IT-98-32-A*, de 25 de febrero de 2004, para. 95 y 102 (en adelante, *Sentencia del caso Vasiljević*); ICTY, *Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber Judgement, IT-95-14-A*, de 29 de julio de 2004, para. 33; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber Judgement, IT-98-30/1-A*, de 28 de febrero de 2005, para. 79 (en adelante, *Sentencia del caso Kvočka et al.*); ICTY, *Prosecutor v. Brđanin, Appeals Chamber Judgement, IT-99-36-A*, de 3 de abril de 2007, para. 434; ICTR, *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Appeals Chamber Judgement, ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A*, de 13 de diciembre de 2004, para. 462; ICTR, *Gacumbitsi v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgement, ICTR-2001-64-A*, de 7 de julio de 2006, para. 158.

Es por ello que, si bien la interpretación de los apartados 3 (a), 3 (b) y 3 (c) del Artículo 25 ER plantea ciertos problemas, sin duda es el apartado 3 (d) el que más incógnitas suscita, al no quedar claro a qué supuestos es aplicable (ni siquiera si es aplicable a algún caso). Esta es la cuestión a la que intentaremos dar respuesta en el presente trabajo.

Para ello, comenzaremos con el análisis de la doctrina de la ECC en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. A continuación estudiaremos el contenido del apartado 3 (d) del Artículo 25 ER. Un repaso a la jurisprudencia de la CPI muestra que a pesar de que este apartado es el que más se asemeja a la doctrina de la ECC<sup>7</sup>, no acoge dicha doctrina. Esto hace necesario estudiar el ámbito de aplicación de este apartado y su delimitación frente a los demás apartados del Artículo 25 (3) ER —en particular frente al apartado 3(c) relativo a la complicidad, encubrimiento y colaboración—.

## II. Jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre la doctrina de la ECC

Al formular la doctrina de la ECC en el caso Tadić<sup>8</sup>, la Sala de Apelaciones del TPIY no dejó claro cuál era la naturaleza jurídica de tal figura, dado que empleó tanto el concepto de coautoría como el de complicidad<sup>9</sup>. No obstante, en su decisión en el caso Milutinović afirmó de forma expresa que las tres categorías de la ECC constituían una forma de coautoría<sup>10</sup>. Surge así la pregunta de si es posible considerar a cada una de estas tres categorías como una forma de coautoría. Para responder a esta pregunta, debemos explicar brevemente en qué consisten.

### A. Las tres categorías de ECC

Ante la dificultad para delimitar en contextos de criminalidad colectiva la contribución específica de cada individuo a la comisión de los delitos, la doctrina de la ECC cubre la responsabilidad penal de todos los intervinientes en el marco de un plan criminal común<sup>11</sup>. Las tres modalidades de ECC comparten los mismos elementos objetivos: 1) una pluralidad de personas, 2) la existencia de un plan común y 3) la participación del acusado en la ECC mediante cualquier forma de asistencia

7 ICTY, *Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgement, IT-94-I-A*, de 15 de julio de 1999, para. 222.

8 Id., para. 220-228.

9 Ibid.; OLÁSULO, H., “Reflexiones”, cit., p. 4.

10 ICTY, *Decisión del caso Milutinović*, cit., para. 20 y 31.

11 CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., Nueva York, 2008, pp. 189-190; OHLIN, J. D., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 69-70.

o contribución a la ejecución del propósito común<sup>12</sup>. Por el contrario, los elementos subjetivos varían en cada modalidad<sup>13</sup>.

La ECC I (responsabilidad por un propósito común) exige la intención criminal compartida de todos los miembros de la ECC, en cuyo caso todos son considerados responsables a título de coautores, sin importar la posición que hayan ocupado al ejecutar el plan criminal común<sup>14</sup>.

En cuanto a la ECC II (responsabilidad por la participación en un plan criminal común dentro de un marco institucional), requiere que cada miembro conozca el sistema de maltrato que es implementado en una institución (como un campo de concentración), lo que significa que aquellos que lleven a cabo tareas administrativas que contribuyen a lograr los objetivos institucionales pueden también ser considerados responsables de los delitos materialmente perpetrados por otras personas. Esta construcción jurisprudencial se basa en el entendimiento de que quienes conocen el sistema de maltrato comparten, de manera implícita, la intención criminal de los miembros de la ECC que ejecutan materialmente los delitos<sup>15</sup>.

Algunas sentencias de los tribunales *ad hoc* han exigido una contribución significativa en la ejecución de una ECC institucionalizada para que surja la responsabilidad penal a título de coautor conforme a la ECC II<sup>16</sup>, por lo que, así entendida, la ECC II no sería más que un subtipo de la ECC I. Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Kvočka y Vasiljević ha afirmado que no es necesario que la contribución sea significativa para incurrir en responsabilidad con base en la doctrina de la ECC II<sup>17</sup>. De este modo, sería suficiente con la pertenencia a la ECC y con el carácter previsible de los delitos cometidos en el campo de concentración (sin necesidad de que estos formen parte del objetivo central de la institución). Como ha señalado Ambos, la construcción de la ECC II en esta línea jurisprudencial la situaría más cerca de la ECC III que de la ECC I<sup>18</sup>, lo que la haría compartir los principales problemas que plantea la ECC III para su consideración como una

12 AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 160-161.

13 Ibid.; AMBOS, K., "Article 25", cit., margen 9.

14 CASSESE, A., *International*, cit., pp. 191-192; OHLIN, J.D., "Three Conceptual", cit., p. 75.

15 CASSESE, A., *International*, cit., pp. 195-196.

16 ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, *Trial Chamber Judgement, IT-98-30/1-T*, de 2 de noviembre de 2001, para. 308-311 (en adelante, *Decisión del caso Kvočka et al.*).

17 ICTY, *Sentencia del caso Kvočka et al.*, cit., para. 96-97; ICTY, *Sentencia del caso Vasiljević*, cit., para. 100-102.

18 AMBOS, K., "Joint", cit., p. 172; AMBOS, K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Montevideo, 2005, pp. 75-76; POWLES, S., "Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, núm. 2, 2004, pp. 609-610.

forma de autoría y dejaría a la ECC I como la única categoría que podría ser considerada, sin dificultad, como expresión de la coautoría<sup>19</sup>.

En lo que se refiere a la ECC III (responsabilidad incidental basada en la previsibilidad y en la asunción voluntaria del riesgo), si cada miembro quiere participar en y promover el propósito criminal del grupo, le serán atribuidos, a título de coautor, los delitos cometidos por los otros miembros de la ECC (incluso aquellos que no formen parte del plan común), siempre que sean consecuencias previsibles y naturales del plan común y la persona de que se trate haya decidido asumir conscientemente tal riesgo<sup>20</sup>.

## **B. Responsabilidad de los miembros de una ECC I por delitos cometidos por individuos que no forman parte de ella**

En el caso Brđanin, se planteó ante el TPIY la posibilidad de establecer la responsabilidad de los miembros de una ECC I aun cuando los crímenes fueran cometidos por individuos que no formaran parte de ella. Mientras la Sala de Primera Instancia rechazó tal posibilidad, la Sala de Apelaciones la admitió, siempre que quedara demostrado que el delito había sido materialmente cometido por una persona utilizada como instrumento por un miembro de la ECC en ejecución del plan común<sup>21</sup>.

Esta redefinición de la doctrina de la ECC, en la manera sugerida por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Brđanin, resulta interesante desde la perspectiva de la distinción entre autoría y participación. Como señala Olásolo, esta nueva concepción resuelve los problemas que presenta la aplicación de la concepción tradicional de la ECC en relación con dirigentes políticos y militares; no obstante, transforma la naturaleza jurídica de la doctrina de la ECC: no existe más una comunidad de intención entre los autores materiales de los crímenes y los dirigentes que los planean y ponen en marcha. Por el contrario, estos últimos se aprovechan de su control sobre las organizaciones que dirigen para instrumentalizar a los primeros<sup>22</sup>. Así, la doctrina de la ECC, que en su concepción tradicional se apoya sobre un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, acaba sustentándose de manera importante sobre la teoría del dominio del hecho<sup>23</sup>.

En este punto, resulta interesante la posición de Kiss, quien, en principio, considera plausible la combinación entre el Artículo 25 (3) (d) y 25 (3) (a) ER, en el sentido

19 AMBOS, K., "Joint", cit., pp. 170-171.

20 CASSESE, A., *International*, cit., pp. 199-200; OHLIN, J.D., "Three Conceptual", cit., p. 75.

21 ICTY, *Prosecutor v. Brđanin, Decision on interlocutory appeal, IT-99-36-A*, de 19 de marzo de 2004, para. 410-414 (en adelante, *Decisión sobre la apelación interlocutora del caso Brđanin*).

22 OLÁSOLO, H., "Reflexiones", cit., pp. 13-14.

23 *Ibid.*

de que la comisión del delito por parte de las personas que integran el grupo pueda ocurrir en cualquiera de las modalidades establecidas en el Artículo 25 (3) (a) ER, por lo que el grupo de personas que actúa con una finalidad común podría cometer el crimen junto con o por conducto de personas que no formen parte de tal grupo<sup>24</sup>.

### **C. Problemas derivados de la consideración de la ECC III como forma de coautoría**

Son varios los problemas que suscita la concepción de la ECC como forma de coautoría, pero cobran especial intensidad respecto a la tercera modalidad de ECC<sup>25</sup>. En cuanto a esta última, Ambos han señalado que en los casos de coautoría tiene lugar una imputación mutua de las aportaciones de cada uno, siempre que estas estén funcionalmente ligadas en razón de una meta común y/o un plan común del hecho o los autores individuales se encuentren vinculados en el marco de un contexto de organización<sup>26</sup>. Por lo tanto, la imputación de una mera “consecuencia previsible” que no había sido acordada con anterioridad y que no era buscada por todos los intervinientes (ECC III) no debería dar lugar a responsabilidad por coautoría. La coautoría, como las demás formas de autoría, requiere que se cumplan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo y, si falta un elemento y se considera a una persona responsable por los hechos de otros (como en el caso de la ECC III), el que no comete el crimen debería responder solo a título de partícipe<sup>27</sup>.

Una segunda crítica a la concepción de la ECC III como expresión de la coautoría se refiere a la aplicación de esta figura a los delitos que requieren un dolo especial, como el genocidio (el cual exige la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso)<sup>28</sup>. En el caso Brđanin, la Sala de Primera Instancia señaló que el dolo especial requerido por el delito de genocidio no se cumple cuando la forma de responsabilidad imputada es la ECC III<sup>29</sup>. No se puede considerar a alguien responsable a título de autor o coautor de un delito que requiere un dolo especial, a menos que quede probada la existencia de dicho dolo.

Otra cosa es que se le pueda atribuir responsabilidad por complicidad, puesto que esta no requiere que el cómplice comparta la intención del autor principal, sino

24 KISS, A., “La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, núm. 2, 2013, pp.12-13. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/964.pdf>> [Consulta: 31.05.13].

25 OHLIN, J. D., “Three Conceptual”, cit., p. 76.

26 AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 75; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Volumen segundo*, Bosch Casa Editorial S. A., 3ª ed., Barcelona, 1981, p. 941. ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 980-988.

27 AMBOS, K., “Joint”, cit., pp. 168-169.

28 CASSESE, A., *Internacional*, cit., pp. 205-206; AMBOS, K., *La parte*, cit., p. 422.

29 ICTY, *Prosecutor v. Brđanin, Decision for Acquittal Pursuant to Rule 98 bis, IT-99-36-T*, de 28 de noviembre de 2003, para. 57; CASSESE, A., *Internacional*, cit., pp. 206-209.

que es suficiente con que la conozca<sup>30</sup>. Por ello, solo si la ECC III es considerada como una forma de complicidad, podría ser aplicada a los delitos de dolo especial<sup>31</sup>. Ahora bien, teniendo en cuenta que el TPIY ha venido rechazando la construcción de la ECC III como una forma de complicidad desde el caso Milutinović, la decisión de la Sala de Primera Instancia en el caso Brđanin parece la correcta. No obstante, la Sala de Apelaciones del TPIY rechazó la interpretación de la Sala de Primera Instancia y afirmó la posibilidad de imputar un delito de genocidio a título de coautoría al interviniente en una ECC III, aun cuando él mismo no tenga el dolo especial requerido por dicho delito. Para la Sala de Apelaciones, siempre que se trate de consecuencias razonablemente previsibles y naturales, el acusado puede ser penalmente responsable a título de coautor por todo delito que vaya más allá del plan común acordado en la ECC<sup>32</sup>.

En consecuencia, vemos que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre la ECC como forma de coautoría, tal y como viene interpretándose desde el caso Milutinović, presenta notables problemas, sobre todo en relación con su tercera categoría. Además, los argumentos de política criminal aducidos por sus defensores<sup>33</sup> no justifican, en nuestra opinión, la vulneración que tal interpretación de la ECC supone respecto a principios básicos del Derecho Penal<sup>34</sup>.

### **III. La teoría del dominio del hecho como criterio de distinción entre autores y partícipes en el Artículo 25 (3) del Estatuto de Roma**

La sentencia de la CPI en el caso Lubanga acoge un modelo dualista de formas de intervención punibles en el delito, al confirmar la existencia de una estructura jerárquica entre los modos de intervención del Artículo 25 (3) ER, según la cual las formas de intervención punible del apartado 3 (a), referentes a la responsabilidad a título de autor, prevalecen sobre los otros modos (accesorios) de participación —apartados 3 (b), 3 (c) y 3 (d)—, por lo que la contribución de un autor ha de ser mayor que la de un partícipe<sup>35</sup>.

En cuanto a la construcción de la coautoría, a diferencia de la de los tribunales *ad hoc*, la jurisprudencia de la CPI no aplica la doctrina de la ECC como forma de coautoría, puesto que configura esta última a partir de la teoría del dominio

30 AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 422-423.

31 OLÁSULO, H., “Reflexiones”, cit., p. 18.

32 ICTY, *Decisión del caso Brđanin*, cit., para. 9-10.

33 CASSESE, A., *Internacional*, cit., pp. 201-205.

34 OLÁSULO, H., “Reflexiones”, cit., pp. 13-14; OHLIN, J.D., “Three Conceptual”, cit., pp. 85-88.

35 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 999; AMBOS, K., “El primer fallo”, cit., pp. 25-37.

del hecho. La sentencia en el caso Lubanga no ha hecho sino confirmar esta interpretación<sup>36</sup>, al afirmar que la comisión coordinada o colectiva de un delito por coautores, siempre que se presente de conformidad con un plan o acuerdo común, conlleva una atribución mutua de las respectivas contribuciones esenciales (sin necesidad de estar físicamente presentes en la escena del crimen)<sup>37</sup>.

Según la CPI, la teoría del dominio del hecho tiene tres manifestaciones principales<sup>38</sup>. En primer lugar, la autoría directa o inmediata, entendida como “control de la acción” —Artículo 25 (3) (a) 1ª alternativa—, en relación con el individuo que, con los elementos requeridos por el tipo subjetivo, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo<sup>39</sup>.

En segundo lugar, la coautoría, entendida como “codominio funcional del hecho” —Artículo 25 (3) (a) 2ª alternativa—, es aplicable en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de contribuciones esenciales hechas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan común y, por ello, son recíprocamente responsables de las contribuciones de los demás y pueden ser consideradas todas y cada una de ellas como autores del delito en su conjunto<sup>40</sup>. Solo tienen el codominio funcional del hecho quienes, debido al carácter esencial de las funciones encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a realizarlas<sup>41</sup>.

En tercer lugar, la autoría mediata, entendida como “control de la voluntad” —Artículo 25 (3) (a) 3ª alternativa—, es aplicable a quienes, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controlan la comisión del delito, porque utilizan al autor directo como instrumento sometido al control de su voluntad dominante<sup>42</sup>. En el Artículo 25 (3) (a) ER, la autoría mediata abarca tanto los supuestos en los que el autor directo no es penalmente responsable como en los que sí y es, en este último supuesto, en el que cobra especial relevancia la “autoría mediata a través del dominio de la organización”, la cual resulta ser particularmente aplicable en Derecho Penal Internacional<sup>43</sup>.

36 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 1356-1358; AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, cit., pp. 25-37.

37 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 980-988.

38 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 488; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 332; OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., pp. 85-92.

39 AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 174-175.

40 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 520; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 326; AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 179-184.

41 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 488, 519-526; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 332, 342; OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., pp. 87-88.

42 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 488, 495-502; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 332.

43 OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., p. 89; AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 196-197; ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 496-501.

En los casos en los que no se cumplan los requisitos para aplicar la autoría mediata por medio del dominio de la organización, es decir, cuando no exista un control de la voluntad de los subordinados por parte del dirigente que dicta las órdenes para cometer los delitos, el dirigente solo puede ser considerado como mero partícipe que, conforme al Artículo 25 (3) (b) ER, ordenó, indujo o propuso mediante sus órdenes a sus subordinados (autores directos) la comisión de los delitos<sup>44</sup>. Además, en aquellos casos en los que no fuera posible probar la orden, inducción o proposición del dirigente, cabría analizar su posible responsabilidad por complicidad, conforme a lo dispuesto en los apartados 3 (c) o 3 (d) ER.

## IV. El Artículo 25 (3) (D) del Estatuto de Roma

### A. Naturaleza jurídica

Varios autores coinciden en señalar que el origen del Artículo 25 (3) (d) ER puede encontrarse en el Artículo 2 (3) del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, el cual tiene sus raíces en la controvertida teoría de la conspiración<sup>45</sup>. Según Cassese, si bien el contenido del mencionado Artículo 2 (3) podría justificarse por el considerable aumento de la criminalidad terrorista, su adopción por el ER se hizo de manera poco reflexiva; entendemos que se refiere a la falta de análisis sobre la necesidad de un precepto de estas características en el Derecho Penal Internacional en general<sup>46</sup>.

Para Ambos, el Artículo 25 (3) (d) fue pensado para reconciliar los intereses de los adversarios del tipo tradicional de la conspiración y los partidarios de alguna especie de responsabilidad fundamentada de forma colectiva<sup>47</sup>. Se abandonó así la conspiración tradicional, porque mientras en ella es suficiente la mera planificación del delito, el Artículo 25 (3) (d) ER requiere su comisión o tentativa de comisión<sup>48</sup>. Fletcher y Ohlin afirman que la doctrina de la conspiración ha sido adoptada por la figura de la ECC en el Derecho Penal Internacional moderno, pero que el ER ha sustituido la doctrina de la ECC (y, por tanto, también la de la conspiración) por una previsión específica, recogida en el Artículo 25 (3) (d) ER, que regula la res-

44 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 517; OLÁSOLO, “El desarrollo”, cit., p. 92.

45 ESER, A., “Individual”, cit., p. 802; CASSESE, A., *International*, cit., p. 213; AMBOS, K., “Article 25”, cit., margen 24.

46 CASSESE, A., *International*, cit., p. 213.

47 AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 269-272.

48 Ibid.; Como señala Eser, la conspiración así entendida converge con el contenido de los apartados 3 (b) y 3 (c) del Artículo 25 ER, razón por la cual podemos decir que el ER ha abandonado por completo la doctrina tradicional de la conspiración. ESER, A., “Individual”, cit., p. 802.

ponsabilidad por el hecho de otro de manera más precisa que la doctrina de la ECC creada jurisprudencialmente por el TPIY<sup>49</sup>.

En este sentido, en su decisión de confirmación de cargos del caso Mbarushimana, la SCP I ha afirmado que existen las siguientes diferencias entre la doctrina de la ECC y la forma de responsabilidad del Artículo 25 (3) (d) ER: 1) la responsabilidad a título de coautor (ECC) o de partícipe (Artículo 25 (3) (d) ER); 2) la necesidad de formar parte (ECC) o no (Artículo 25 (3) (d) ER) del plan o propósito criminal común; 3) la contribución al plan o propósito criminal común (ECC) frente a la contribución al delito cometido (Artículo 25 (3) (d) ER) y 4) la necesidad de actuar con dolo directo de primer grado (ECC) frente a la suficiencia del mero conocimiento (Artículo 25 (3) (d) ER)<sup>50</sup>.

## **B. Elementos objetivos y subjetivos del Artículo 25 (3) (d) ER y su distinción de la complicidad del apartado 25 (3) (c) ER**

Numerosos autores señalan que, en vista del amplio ámbito de aplicación de la asistencia al delito (Artículo 25 (3) (c) ER), el apartado (3) (d) es superfluo, innecesario o de muy difícil aplicación práctica<sup>51</sup>. Para estos autores, el Artículo 25 (3) (c) ER cubre el ámbito “clásico” de la complicidad por asistencia, como forma de responsabilidad accesoria respecto al delito principal, que solo sería punible cuando se produce la comisión o tentativa de este último<sup>52</sup>. Sin embargo, las marcadas diferencias, sobre todo objetivas, entre los apartados 3 (c) y 3 (d) nos hacen diferir de lo sugerido por estos autores.

### **1. Elementos objetivos**

Desde el punto de vista objetivo, hay quien defiende que la única diferencia estriba en que el apartado 3 (c) contempla la complicidad en todo crimen individual, mientras el apartado 3 (d) se refiere a la contribución en la comisión de un crimen perpetrado por un grupo<sup>53</sup>.

49 FLETCHER, G. P., OHLIN, J. D., “The Commission of Inquiry on Darfur and its follow-up: A Critical View”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm. 3, 2005, pp. 548-550.

50 ICC, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-01/04-01/10*, de 16 de diciembre de 2011, para. 282 (en adelante, *Decisión del caso Mbarushimana*); OLÁSULO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 733-734.

51 ESER, A., “Individual”, cit., p. 803; MANTOVANI, F., “The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 1, 2003, p. 35.

52 ESER, A., “Individual”, cit., p. 798.

53 Mientras Eser considera suficiente tal distinción basada en el factor “grupo” para justificar una regulación separada, Fletcher y Ohlin la consideran insuficiente; no obstante, defienden su regulación separada con base en la existencia de una notable diferencia en el plano subjetivo. ESER, A., “Individual”, cit., pp. 802-803; FLETCHER, G. P., OHLIN, J. D., “The Commission”, cit., pp. 548-550,

No obstante, en la decisión de confirmación de cargos del caso Mbarushimana<sup>54</sup>, la SCP I hizo referencia a una diferencia adicional en el plano objetivo. Una vez establecida convincentemente la necesidad de la exigencia de que la contribución realizada tenga cierta entidad —en aras de evitar que cualquier miembro de la comunidad que, conociendo la criminalidad del grupo realice una contribución, sea considerado responsable con base en el Artículo 25 (3) (d) ER, en especial cuando tal criminalidad sea conocida<sup>55</sup>— de manera pública, la SCP I partió del sistema de gradación de las distintas aportaciones que se exigen en el Artículo 25 (3) ER para determinar el grado de contribución exigido en su apartado (d): una contribución esencial en el caso de la coautoría (apartado 3 (a)); una aportación sustancial en los supuestos de los apartados 3 (b) y 3 (c); y una significativa en el caso del apartado 3 (d)<sup>56</sup>.

Tras advertir que debe realizarse un análisis caso por caso, la SCP I propuso los siguientes factores, de cara a decidir sobre la calificación de una contribución como “significativa”: 1) el mantenimiento de la colaboración al conocer la naturaleza criminal del propósito común del grupo; 2) el esfuerzo realizado para prevenir la actividad criminal o impedir que la actividad delictiva del grupo se mantenga en el tiempo; 3) el hecho de que la persona cree o simplemente ejecute el plan criminal; 4) la posición del imputado en relación con el grupo y 5) el rol del imputado frente a la gravedad y al alcance de los crímenes imputados<sup>57</sup>.

Si bien la SCP II ha tenido en cuenta estos factores en los casos Muthaura et al. y Ruto et al<sup>58</sup>, a diferencia de la SCP I, no ha exigido que la aportación al delito sea “significativa” para que sea aplicable tal Artículo. Por el contrario, ha concluido que toda contribución menor a una “sustancial” satisface el umbral del Artículo 25 (3) (d)<sup>59</sup> si resulta en la comisión de los crímenes imputados. Por su parte, al analizar

54 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 276-279 y 283-285.

55 Id., para. 277; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 681-682; OHLIN, J.D., “Three Conceptual”, cit., p. 89.

56 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 279 y 283; ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 999; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 682-683 y 728-730.

57 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 284; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 685-686.

58 ICC, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s Application for Summonses to Appear*, ICC-01/09-02/11, de 8 de marzo de 2011, para. 49 (en adelante, *Orden de comparecencia del caso Muthaura, Kenyatta y Ali*); ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear*, ICC-01/09-01/11, de 8 de marzo de 2011, para. 53 (en adelante, *Orden de comparecencia del caso Ruto, Kosgey y Sang*).

59 ICC, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, ICC-01/09-02/11, de 23 de enero de 2012, para. 421; ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, ICC-01/09-01/11, de 23 de enero de 2012, para. 354, puesto que si tanto el apartado (c) como el (d) exigieran una contribución “sustancial”, la estructura jerárquica de los distintos modos de intervención previstos en el Artículo 25 (3) carecería de sentido. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 683-686, 717 y 722.

los elementos objetivos del Artículo 25 (3) (d) (ii) en el caso Katanga y Ngudjolo Chui, la Sala de Primera Instancia II de la CPI ha acogido la posición de la SCP I, tras afirmar la necesidad de que la contribución tenga cierta entidad, refiriéndose de manera expresa al umbral de lo “significativo”<sup>60</sup>.

Con independencia de que la futura jurisprudencia de la CPI se incline por una u otra posición, conviene señalar que ambas posturas confirman la existencia de un sistema de gradación en las distintas contribuciones previstas en el Artículo 25 (3) ER; por tanto, en lo que aquí nos interesa, no cabe duda de que, en el plano objetivo, los apartados 3 (c) y 3 (d) se diferencian en la mayor entidad exigida para las contribuciones del apartado 3 (c) en comparación con las del 3 (d)<sup>61</sup>. En el mismo sentido, aunque defienda que no es necesario que la aportación al delito sea “significativa” para poder aplicar el Artículo 25 (3) (d) ER, Kiss está a favor de la lectura jerárquica del Artículo 25 (3) ER y señala que tal orden “no se conmueve por faltarle, al último eslabón, un estándar mínimo”<sup>62</sup>.

Antonio Cassese ha afirmado la existencia de una distinción adicional entre los apartados (c) y (d). Según este autor, el Artículo 25 (3) (d) ER se limita a definir la responsabilidad de quienes, desde fuera de un grupo criminal, contribuyen a la comisión del crimen acordado por los miembros del grupo al que no pertenecen<sup>63</sup>. Sin embargo, no podemos compartir la posición de este autor porque, además de que la posibilidad de la complicidad en una ECC es negada por numerosos autores (entre ellos el propio Cassese)<sup>64</sup>, debemos tener presente que, en el caso Mbarushimana, la SCP I ha señalado que el ámbito de aplicación del Artículo 25 (3) (d) ER no está limitado a los individuos que no forman parte del plan o propósito común, sino que puede ser de aplicación también a los miembros del grupo<sup>65</sup>. Si se estableciera tal limitación, quienes participan en el plan común realizando aportaciones significativas no esenciales quedarían exentos de responsabilidad —solo si la con-

60 ICC, *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Chambre de Première Instance II, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés*, ICC-01/04-01/07, de 21 de noviembre de 2012, para. 6-7, 23, 28-29 y 33 (en adelante, *Decisión de la Sala de Primera Instancia II del caso Katanga y Ngudjolo Chui*).

61 Estos apartados se distinguen también en que la contribución sea a un crimen individual o a uno perpetrado por un grupo. Asimismo, según ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 286-287, las conductas de encubrimiento están dentro del ámbito del Artículo 25 (3) (d) ER, siempre que estas hayan sido acordadas con el grupo antes de la comisión del delito. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 686-687.

62 Según Kiss, no es cuestión del grado de la contribución, sino de su naturaleza, en el sentido de que debería exigirse la existencia de un vínculo normativo entre la conducta y el resultado, que permitiera verificar la tipicidad de la contribución y dejar fuera las “contribuciones neutrales”. KISS, A., “La contribución”, cit., p. 18.

63 CASSESE, A., *International*, cit., pp. 212-213.

64 Id., p. 211.

65 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 272-275; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 680-681; OHLIN, J. D., “Three Conceptual”, cit., pp. 80-81.

tribución es esencial podrían ser considerados coautores—, puesto que los apartados 3 (b) y 3 (c) no cubren aquellos supuestos en los que miembros del grupo cooperan de modo significativo a la ejecución del plan común con el conocimiento de que los otros miembros del grupo pretenden cometerlo<sup>66</sup>.

## 2. Elementos subjetivos

La SCP I y SCP II coinciden en identificar los elementos subjetivos del Artículo 25 (3) (d) ER con los siguientes: 1) una contribución intencional (en el sentido de voluntaria, pero no en relación con el impacto de tal conducta en la comisión del delito imputado por el grupo, sino con su propia conducta) y 2) que sea llevada a cabo con la finalidad de desarrollar el plan o propósito común del grupo —apartado 3 (d) (i)— o, al menos, con el conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito —apartado 3 (d) (ii)<sup>67</sup>—.

Por lo tanto, como señala Olásolo, el Artículo 25 (3) (d) ER no exige que el partícipe comparta el propósito criminal del grupo, que este satisfaga los elementos subjetivos del delito cometido por el grupo y tampoco que los miembros del grupo sean conscientes de la aportación del partícipe<sup>68</sup>. Basta con que actúe con conocimiento de que los miembros del grupo pretenden cometerlo (aunque no tenga la intención de facilitar su comisión). De esta manera, el conocimiento de la intención del grupo se erige como exigencia mínima<sup>69</sup>, ya que nadie puede tener el objetivo de ayudar al grupo a conseguir un fin si no conoce, al menos, la intención de tal grupo<sup>70</sup>. Lógicamente, este umbral subjetivo poco exigente reafirma la necesidad de que las contribuciones tengan cierta entidad desde el punto de vista objetivo para poder ser sancionadas conforme al Artículo 25 (3) (d) ER, lo que refuerza la posición de la SCP I y la Sala de Primera Instancia II de requerir que las contribuciones sean, al menos, “significativas”<sup>71</sup>.

66 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 273-274; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 681; Aunque parte de un razonamiento distinto, Kiss también defiende que la limitación propuesta por Cassese no encuentra justificación. KISS, A., “La contribución”, cit., pp. 27-31.

67 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 288; ICC, *Orden de comparecencia del caso Muthaura, Kenyatta y Ali*, cit., para. 47; ICC, *Orden de comparecencia del caso Ruto, Kosgey y Sang*, cit., para. 51; ICC, *Decisión de la Sala de Primera Instancia II del caso Katanga y Ngudjolo Chui*, cit., para. 26 y 33; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 687 y 731.

68 OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 731-732.

69 AMBOS, K., “Article 25”, cit., márgenes 26 y 29-30, entiende que el conocimiento de la intención del grupo de cometer el crimen debe ser positivo, por lo que no es suficiente con que el partícipe sepa que probablemente se cometerá un crimen (estándar este último establecido por el TPIY para la complicidad).

70 FLETCHER, G. P. y OHLIN, J. D., “The Commission”, cit., pp. 548-550; ICC, *Decisión de la Sala de Primera Instancia II del caso Katanga y Ngudjolo Chui*, cit., para. 30.

71 A lo que cabe añadir que, como señala Olásolo, la lectura de la SCP II es, además de menos exigente, menos definida. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 717, 722 y 730.

El apartado 3 (c) exige que la persona que asiste en la comisión del delito actúe “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”. En tanto el apartado 3 (d) (ii) afirma que son suficientes las acciones de favorecimiento del delito llevadas a cabo sin la intención de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de que la facilitan<sup>72</sup>, la diferencia de este último con el apartado 3 (c) es evidente.

Numerosos autores, así como la jurisprudencia relativa a esta cuestión<sup>73</sup>, han hecho referencia a esta distinción. De tal manera, según Olásolo, el Artículo 25 (3) (d) ER constituye una forma de participación de carácter residual que incluye todas aquellas contribuciones de carácter no sustancial que son desarrolladas con el conocimiento de estar favoreciendo la realización del propósito criminal común de un grupo de personas<sup>74</sup>. En el mismo sentido, según Ambos, la exigencia más intensa de dolo de la complicidad —Artículo 25 (3) (c) ER— proporciona a la participación “de algún otro modo” en el hecho colectivo —Artículo 25 (3) (d) ER—, un ámbito de aplicación en los casos en los cuales el cómplice actúa solo con conocimiento de la intención criminal del grupo<sup>75</sup>.

Mas la distinción entre los elementos subjetivos de los apartados 3 (c) ER y 3 (d) (i) ER no resulta tan obvia<sup>76</sup>, por lo que en este caso será conveniente tener en consideración las mencionadas diferencias en sus elementos objetivos. No obstante, la distinción en cuanto a los elementos subjetivos de ambos apartados propuesta por Kiss parece convincente: mientras el apartado 3 (c) ER se refiere al propósito de facilitar la comisión de un crimen, lo que requeriría la existencia de una relación causal directa entre la contribución y el crimen en cuestión, el subapartado 3 (d) (i) ER considera suficiente el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo, cuando una u otro entrañen un crimen de la competencia de la Corte<sup>77</sup>. En

72 OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., p. 84.

73 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 289.

74 OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., pp. 82-83; ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 483; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 337; ICC, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”), Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58(7) of the Statute, ICC-02/05-01/07*, de 27 de abril de 2007, para. 88-89 y 106-107.

75 AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 269-272; AMBOS, K., “Article 25”, cit., margen 45. Teniendo en cuenta su visión sobre el elemento subjetivo y el hecho de que, según él, la diferencia entre los apartados 3 (c) y 3 (d) estriba en que la contribución se realice en favor de un grupo o de una persona, no sorprende que considere cuestionable, en términos prácticos, que el apartado 3 (d) sea indispensable, habida cuenta del amplio alcance del apartado 3 (c). En el mismo sentido, OHLIN, J. D., “Three Conceptual”, cit., p. 78.

76 La diferencia podría derivar de la interpretación del “plan o propósito común” hecha por la SCPI, en el sentido de que, en el marco del Artículo 25 (3) (d) ER, tal elemento no tiene por qué estar específicamente dirigido a la comisión de un crimen, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad, es decir, es suficiente con que el crimen sea una consecuencia probable del plan acordado y los partícipes lo acepten como tal. vid. ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 271; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 344; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 679-680, 709 y 731-732.

77 KISS, A., “La contribución”, cit., pp. 14-17.

consecuencia, el Artículo 25 (3) (d) ER permite criminalizar contribuciones que no ostenten una relación causal directa con respecto al crimen<sup>78</sup>.

## V. Exclusión de las tres categorías de ECC del ámbito de aplicación del Artículo 25 (3) (d) ER

La decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana define de modo general las diferencias existentes entre la doctrina de la ECC y la forma de participación recogida en el Artículo 25 (3) (d) ER<sup>79</sup>. En lo que se refiere a la ECC I, como ya hemos explicado, esta es la única modalidad de ECC que, en principio, puede considerarse sin mayor dificultad como expresión de la coautoría. Esto significa que, de ser aceptada en el Estatuto de Roma, debería haber sido incluida en el contenido del concepto de coautoría recogido en el Artículo 25 (3) (a) 2ª alternativa.

Sin embargo, la jurisprudencia de la CPI ha acogido un concepto de coautoría disímil del representado por la doctrina de la ECC I y que consiste en el codominio funcional del hecho de quienes, debido a la importancia de las funciones encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo<sup>80</sup>. Esto significa que el desarrollo de funciones no esenciales para la realización de los elementos objetivos del tipo (incluso si se ejecutan de manera coordinada con los coautores) solo podría dar lugar a la responsabilidad penal como partícipe<sup>81</sup>, mas, según la ECC I, estas mismas contribuciones no esenciales podrían dar lugar a responsabilidad a título de coautor. De ahí que la doctrina de la ECC I no esté incluida dentro del ámbito de aplicación del Artículo 25 (3) (a) ER.

Además, en cuanto forma de coautoría, la ECC I tampoco puede formar parte del ámbito de la forma de responsabilidad accesoria prevista en el Artículo 25 (3) (d) ER. Kiss añade que la ECC I requiere que la finalidad común esté dirigida a la comisión de un delito determinado, mientras el Artículo 25 (3) (d) (i) ER considera suficiente que el propósito del grupo “entrañe” la comisión de un crimen competencia de la Corte<sup>82</sup>. Por tanto, el ER no exige tan alto grado de especificidad entre la finalidad común y el delito, e incluye los casos en que la implementación de la finalidad común vaya a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en una consecuencia disvaliosa<sup>83</sup>.

78 Ibid.

79 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 282; según Kiss, aunque ambas figuras compartan el elemento de la “finalidad común”, la doctrina de la ECC no ha sido recibida en el Artículo 25 (3) (d) ER. KISS, A., “La contribución”, cit., pp. 5, 9 y 18.

80 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 488 y 519-526; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 332 y 342; OLÁSULO, “El desarrollo”, cit., pp. 87-88; ESER, A., “Individual”, cit., pp. 789-793.

81 OLÁSULO, “El desarrollo”, cit., pp. 87-88.

82 KISS, A., “La contribución”, cit., p.9.

83 Ibid.

Con respecto a la ECC III, también se puede afirmar que la misma no encuentra acomodo ni en el apartado (a) ni en el apartado (d). Así, como vimos en secciones anteriores, a pesar de la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, la ECC III no puede construirse como una forma de coautoría, por lo que no puede encontrar acomodo en el Artículo 25 (3) (a) ER.

En cuanto a su posible inclusión en el Artículo 25 (3) (d) ER, es necesario subrayar que este exige actuar “con el propósito de llevar a cabo *la actividad o propósito delictivo del grupo*” o, como mínimo, “a sabiendas de que *el grupo tiene la intención de cometer el crimen*” (cursivas propias). Por tanto, excluye la responsabilidad penal en aquellos delitos que el grupo no tiene intención de cometer, por tratarse solo de una posible consecuencia de la ejecución del plan común<sup>84</sup>. Distinta es la situación con la ECC III, ya que atribuye responsabilidad por los delitos no acordados por el grupo, pero cometidos por uno de sus miembros, si tales delitos incidentales son una consecuencia natural y previsible del plan y si los miembros del grupo que no cometieron materialmente los delitos han decidido conscientemente correr tal riesgo<sup>85</sup>. Es por ello que la ECC III tampoco puede ser incluida en el ámbito del Artículo 25 (3) (d) ER.

Por último, en lo referente a la ECC II, hemos visto que, según la interpretación que se adopte, puede incluirse como subtipo de la ECC I (si se considera necesario que la contribución realizada sea significativa)<sup>86</sup> o asemejarse en mayor medida a la ECC III (si una contribución no significativa es considerada suficiente)<sup>87</sup>. Sin embargo, en ninguno de los casos sería aplicable el Artículo 25 (3) (d) ER. Por un lado, si se adopta una construcción de la ECC II como un subtipo de la ECC I, nos encontramos con los mismos problemas que acabamos de mencionar para su inclusión tanto en el apartado (a) como en el apartado (d). Por otro lado, si entendemos la ECC II como una especie de variante de la ECC III, entonces tampoco es posible su aplicación en los apartados (a) y (d), por las mismas razones por las que la ECC III se encuentra excluida del ámbito de aplicación de ambos apartados.

## VI. Conclusión

La CPI acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación, y se aleja de la doctrina de la ECC desarrollada por los tribunales *ad hoc* basada en un criterio subjetivo de autor. En consecuencia, interpreta el Artículo 25 (3) (d) ER —el Artículo que más se asemeja a la doctrina

84 OLÁSOLO, H., “Reflexiones”, cit., p. 20.

85 AMBOS, K., “Joint”, cit., p. 168.

86 ICTY, *Decisión del caso Kvočka et al.*, cit., para. 308-311.

87 ICTY, *Sentencia del caso Kvočka et al.*, cit., para. 96-97; ICTY, *Sentencia del caso Vasiljević*, cit., para. 100-102; POWLES, S., “Joint”, cit., p. 609-610; AMBOS, K., “Joint”, cit., p. 172.

de la ECC— como una forma residual de participación y no como expresión de la coautoría.

No obstante, el Artículo 25 (3) (d) ER no está exento de problemas de interpretación, entre los que destacan su similitud con respecto al apartado 3 (c) del mismo Artículo y la posibilidad de que abarque alguna de las tres categorías de la ECC. Frente a la primera cuestión, pese a las críticas que señalan su carácter superfluo e innecesario por considerar que se refiere a conductas ya sancionadas por el apartado 3 (c), la jurisprudencia de la CPI pone de manifiesto que existen diferencias significativas, tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo, que avalan una regulación separada de las conductas previstas en el apartado 3 (d). En lo que respecta a la segunda cuestión, parece claro que ninguna de las tres modalidades de ECC tiene cabida en el apartado 3 (d) ni tampoco en el apartado 3 (a) del Artículo 25 ER.

## VII. Referencias bibliográficas

- AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, [En línea], *InDret*, núm. 3, 2012, p. 33. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>> [Consulta: 12.11.2012].
- AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 159-183.
- AMBOS, K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Montevideo, 2005.
- AMBOS, K., “Article 25/Special Print (update of the pages 743-770)”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Beck, 2ª ed., Múnich, 2008.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., Nueva York, 2008.
- ESER, A., “Individual Criminal Responsibility”, en A. CASSESE, P. GAETA, y J. R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 767-822.

- FLETCHER, G. y OHLIN, J. D., “The Commission of Inquiry on Darfur and its follow-up: A Critical View (Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case)”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm. 3, 2005, pp. 539-561.
- JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Volumen segundo*, Bosch Casa Editorial S. A., 3ª ed., Barcelona, 1981.
- KISS, A., “La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, núm. 2, 2013, pp. 1-34. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/964.pdf>> [Consulta: 31.05.13].
- MANTOVANI, F., “The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 26-38.
- OHLIN, J., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 69-90.
- OLÁSOLO, H., “El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría mediata”, *Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, núm. 40, julio-septiembre de 2012, pp. 71-95.
- OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal Internacional”, *InDret*, núm. 3, 2009, pp. 1-24.
- OLÁSOLO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- POWLES, S., “Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, núm. 2, 2004, p. 606-619.

# Narcotráfico: ¿Un crimen de lesa humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional?

Salvador Cuenca Curbelo\*

*Fecha de recepción: noviembre 30 de 2012.*

*Fecha de aprobación: junio 3 de 2013.*

**Para citar este artículo:** CUENCA, S., “Narcotráfico: ¿Un crimen de lesa humanidad en el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional?”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1, 2013, pp. 105-134.

## Resumen

El narcotráfico es una actividad delictiva que se ha convertido en un problema internacional de creciente magnitud. En algunas regiones es una fuente incipiente de inestabilidad que amenaza con poner en peligro la seguridad internacional. Dada la peligrosidad de este fenómeno, algunos Estados han intentado que los actos de tráfico de drogas sean competencia de un tribunal penal internacional. Aunque finalmente no se llegó a un acuerdo sobre su inclusión en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, desde diversos frentes se ha planteado la posibilidad de que este tipo de actos podrían ser calificados como crímenes de lesa humanidad, lo que permitiría su investigación y enjuiciamiento por la propia Corte Penal Internacional. En este artículo se analizará si las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico podrían cumplir los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad en su definición del Estatuto de Roma y, si así fuera, si los actos de tráfico de drogas podrían considerarse como “otros actos inhumanos” de carácter similar a los demás enumerados en el Artículo 7 (1) del Estatuto de Roma a pesar de no haberse incluido en el propio Estatuto de manera expresa.

**Palabras clave:** crímenes de lesa humanidad, otros actos inhumanos, tráfico de drogas, Corte Penal Internacional, crimen organizado.

\* Licenciado en Derecho y magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha colaborado como investigador visitante en el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH). Correo electrónico: cuenca.salvador@yahoo.es  
Mi mayor agradecimiento a Pietro Sferazza y a los evaluadores anónimos por sus comentarios a versiones anteriores de este trabajo.

## Abstract

Drug trafficking is a criminal activity that has become an international problem of growing magnitude. In some regions it is an emerging source of instability that threatens to jeopardize international security. Given the danger of this phenomenon, some states have tried to make acts of drug trafficking fall within the jurisdiction of an international criminal court. Although no agreement about its inclusion in the Rome Statute of the International Criminal Court was finally reached, the possibility of qualifying such acts as crimes against humanity has been raised from different fronts. This would allow their investigation or prosecution by the International Criminal Court itself. This paper analyses to what extent criminal organizations involved in drug trafficking can fulfill the contextual elements of crimes against humanity as defined by the Rome Statute and, if so, to what extent acts of drug trafficking, despite not being expressly included in the Rome Statute, can be considered as “other inhumane acts” of a similar character to the acts referred to in Article 7 (1) of the Rome Statute.

**Keywords:** crimes against humanity, other inhumane acts, drug trafficking, International Criminal Court, organized crime.

## Resumo

O narcotráfico é uma atividade delitiva que tem se convertido em um problema internacional de crescente magnitude. Em algumas regiões é uma fonte incipiente de instabilidade que ameaça com pôr em perigo a segurança internacional. Dada a periculosidade deste fenômeno, alguns Estados têm tentado que os atos de tráfico de drogas sejam competência de um tribunal penal internacional. Mesmo que finalmente não se chegou a um acordo sobre sua inclusão no Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, desde diversos frentes tem se planteado a possibilidade de que este tipo de atos puderam ser classificados como crimes de lesa-humanidade, o que permitiria sua pesquisa e ajuizamento pela própria Corte Penal Internacional. Neste artigo se analisarão se as organizações criminais dedicadas ao narcotráfico poderiam cumprir os elementos contextuais dos crimes de lesa-humanidade em sua definição do Estatuto de Roma, e, si assim fosse, se os atos de tráfico de drogas, a pesar de não ter-se incluído expressamente no Estatuto de Roma, poderiam se considerar como “outros atos inumanos” de caráter similar os demais enumerados no artigo 7(1) do Estatuto de Roma.

**Palavras-chave:** Crimes de lesa-humanidade; Outros atos inumanos; Tráfico de drogas; Corte Penal Internacional; Crime organizado.

## I. Introducción

La preocupación de la comunidad internacional por los graves peligros que entraña el tráfico de drogas y la complejidad y dificultad de afrontar este problema se demuestra por la cantidad de tratados especializados que se han adoptado desde principios del siglo XX<sup>1</sup>. Actualmente, el marco regulatorio del sistema internacional de fiscalización de drogas se compone principalmente por la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (enmendada por el Protocolo de 1972)<sup>2</sup>, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971<sup>3</sup> y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988<sup>4</sup>.

El narcotráfico (en este trabajo se hablará indistintamente de narcotráfico, tráfico internacional de drogas o tráfico ilícito de estupefacientes) es una actividad delictiva internacional que se ha convertido en un problema global, de creciente magnitud, que en algunos casos plantea una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos, la seguridad internacional y la estabilidad y la soberanía de los Estados<sup>5</sup>.

Dada su gravedad creciente, surge la cuestión sobre si el narcotráfico podría considerarse un crimen de lesa humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>6</sup> (ER o el Estatuto). El presente trabajo pretende responder a esta pregunta circunscribiendo su análisis al fenómeno del tráfico ilícito de estupefacientes en sentido estricto. De esta manera, los demás actos de violencia que los grupos criminales que se dedican al narcotráfico desarrollan como medio para garantizar su éxito serán únicamente analizados desde la perspectiva del “contexto” en el que tienen lugar las operaciones de tráfico ilícito de droga.

El “itinerario” propuesto para responder a esta cuestión nos llevará, en primer lugar, a desgarnar la relación histórica entre el narcotráfico, los crímenes de lesa hu-

- 1 BASSIOUNI, M. C., “International Crimes: The *Ratione Materiae* of International Criminal Law”, en M. C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. I. Sources, Subjects and Contents, Martinus Nijhoff Publishers, 3a ed., Leiden, 2008, p. 152; ROBINSON, P., “The Missing Crimes”, en A. CASSESE, P. GAETA y J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 498.
- 2 *Convención única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes*, Nueva York, 8 de agosto de 1975, UNTS, vol. 976, p. 105.
- 3 *Convenio sobre sustancias sicotrópicas*, Viena, 21 de febrero de 1971, UNTS, vol. 1019, p. 175.
- 4 *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, Viena, 20 de diciembre de 1988, UNTS, vol. 1582, p. 95.
- 5 Vid. *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, cit., Preámbulo; CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad*, Doc. ONU S/PRST/2010/4, 24 de febrero de 2010; TAYLOR, B., “International Drug Trafficking. Threats, Challenges and Responses”, *Global Review of Cyberlaw*, vol. 12, núm. 1, 2012, pp. 1-5.
- 6 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF. 183/9, Roma, 17 de julio de 1998, UNTS, vol. 2187, p. 90.

manidad y el proyecto de constitución de una Corte Penal Internacional, haciendo especial hincapié en el proceso de negociación del Estatuto de Roma, para, posteriormente, analizar si el narcotráfico como tal podría quedar comprendido en la definición del crimen de lesa humanidad recogida en el Artículo 7 del propio Estatuto.

## II. El narcotráfico durante el proceso de creación de la Corte Penal Internacional

### A. El narcotráfico en instrumentos anteriores a la negociación del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Los trabajos llevados a cabo por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) tras la II Guerra Mundial son un claro ejemplo de la dimensión internacional del tráfico de drogas. Este órgano discutió tanto si el narcotráfico debía considerarse como uno de los delitos que ponían en peligro la paz y la seguridad de la humanidad como si alcanzaba el nivel de gravedad necesario para ser incluido en el ámbito de competencia de un tribunal penal internacional<sup>7</sup>.

Inmediatamente después de su creación en 1947, la CDI, a instancia de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Asamblea General), comenzó sus trabajos de elaboración de un Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. En un primer proyecto del Código de Delitos, presentado inicialmente en 1951, la CDI consideró que el tráfico de estupefacientes debía quedar excluido de su ámbito<sup>8</sup>. Sin embargo, este proyecto nunca llegó a aprobarse y habría que esperar hasta 1991 para que la CDI presentara un nuevo Proyecto de Código<sup>9</sup>, que, para sorpresa de muchos, no se limitó a revisar los Códigos de Delitos precedentes, sino que inició su elaboración prácticamente desde cero<sup>10</sup>. La lista de crímenes incorpo-

7 ROBINSON, P., op. cit., p. 501.

8 A la hora de definir el ámbito del Proyecto de Código se entendió que únicamente debían quedar comprendidos aquellos delitos que contenían un elemento político y que ponían en peligro o perturbaban el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El tráfico de estupefacientes quedó expresamente excluido, incorporándose los crímenes contra la humanidad en su Artículo 2 (10). Vid. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad", en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: tercer período de sesiones, 16 de mayo-27 de julio de 1951*, Doc. ONU A/1858 (1951), párr. 54 y ss.; COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad", en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: sexto período de sesiones, 3 de junio-28 de julio de 1954*, Doc. ONU A/2693 (1954), párr. 41 y ss.

9 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 43º período de sesiones, 29 de abril-19 de julio de 1991*, Doc. ONU A/46/10 (1991), párr. 60-176.

10 OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 42; BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, p. 177.

ró importantes novedades, quedando el tráfico ilícito de estupefacientes incluido en su Artículo 25<sup>11</sup>.

No obstante, debido a las fuertes críticas recibidas y la falta de apoyo por parte de los Gobiernos<sup>12</sup>, la CDI continuó trabajando sobre este Proyecto, aprobando en 1996 una nueva versión del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>13</sup> ampliamente modificada, de la que, con el fin de llegar a un consenso, se volvió a excluir el tráfico de drogas, limitándose la lista de crímenes al crimen de agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra<sup>14</sup>.

De forma paralela al Proyecto de Código de Delitos, la Asamblea General encargó también a la CDI la elaboración de un Proyecto de Estatuto de una jurisdicción penal internacional. Aunque inicialmente este proyecto quedó en suspenso hasta la aprobación del Código de Crímenes<sup>15</sup>, en 1989, cuando nadie lo esperaba, en el marco de una sesión especial de la Asamblea General sobre el problema del narcotráfico, Trinidad y Tobago propuso crear un tribunal penal internacional especializado en la lucha contra el tráfico de drogas<sup>16</sup>. La Asamblea General solicitó a la CDI que examinara esta cuestión<sup>17</sup>.

El informe presentado por la CDI no se limitó a los delitos de narcotráfico, a pesar de lo cual tuvo una buena acogida por parte de la propia Asamblea General, lo que promovió que se siguiera trabajando sobre este Proyecto<sup>18</sup>. Fruto de ello fue la aprobación por la CDI en 1994 de un Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal

11 Los actos que en anteriores proyectos se habían definido como crímenes contra la humanidad se incorporaron en el Artículo 21 bajo la rúbrica “violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos”.

12 OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, cit., p. 42.

13 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 48º período de sesiones, 6 de mayo-26 de julio de 1996*, Doc. ONU A/51/10 (1996), párr. 30-50.

14 Vid. ROBINSON, P., op. cit., pp. 500-501.

15 Vid. OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, cit., p. 42. cit., p. 41; CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2a ed., Cambridge, 2010, p. 145.

16 Fue incluido como tema suplementario en el programa del 44º período de sesiones de la Asamblea General. “ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Sexta Comisión*, Doc. ONU A/44/770, 24 de noviembre de 1989; Vid. ROBINSON, P., op. cit., pp. 499-500; KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001 p. 226; KIEFER, H., “Just Say No: The Case against Expanding the International Criminal Court’s Jurisdiction to Include Drug Trafficking”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 2, 2009, p. 163; CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, cit., p. 145.

17 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 44/39*, Doc. ONU A/RES/44/39, 4 de diciembre de 1989.

18 Vid. OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, cit., pp. 44-45.

Internacional<sup>19</sup>, que tendría jurisdicción, entre otros, sobre crímenes de lesa humanidad [Artículo 20 (d)] y sobre otros crímenes excepcionalmente graves que estuvieran definidos en tratados internacionales [Artículo 20 (e)], entre los que estaban incluidos los delitos de narcotráfico.

## **B. El narcotráfico durante el proceso de negociación del Estatuto de Roma**

El proceso de negociación para el establecimiento de una corte penal internacional fue largo y complejo. Tras la aprobación por la CDI en 1994 del Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, la Asamblea General decidió establecer un Comité Especial para examinar dicho Proyecto<sup>20</sup>. Sin embargo, los Estados participantes seguían manteniendo opiniones divergentes sobre cuestiones importantes, lo que hizo necesario que se constituyera un Comité Preparatorio con el objeto de seguir examinando el proyecto de tribunal penal internacional e intentar preparar un texto refundido de aceptación general<sup>21</sup>. Fruto de estos trabajos, se emitió un informe que contenía un texto consolidado del proyecto de Estatuto<sup>22</sup>, que sirvió de base en las negociaciones de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el establecimiento de una corte penal internacional celebrada en Roma en 1998.

Desde el inicio de las negociaciones preparatorias se destacó una clara tendencia en favor de limitar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI o la Corte) a los crímenes más graves (*core crimes*). Se consideró que de esta forma se promovería la aceptación más amplia posible de la Corte por parte de los Estados, aumentaría su credibilidad y autoridad moral, se evitaría sobrecargarla con casos que podrían ser tratados por tribunales nacionales de una forma adecuada y se limitaría la carga financiera impuesta sobre la comunidad internacional<sup>23</sup>. Sin embargo, el concepto de “crímenes más graves” no se entendió siempre de forma uniforme y algunas delegaciones consideraron que los delitos de terrorismo y tráfico de drogas debían quedar incluidos en esta categoría<sup>24</sup>.

19 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 46º período de sesiones, 2 de mayo-22 de julio de 1994*, Doc. ONU A/49/10 (1994), párr. 42-91.

20 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 49/53*, Doc. ONU A/RES/49/53, 9 de diciembre de 1994.

21 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 50/46*, Doc. ONU A/RES/50/46, 11 de diciembre de 1995; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 51/207*, Doc. ONU A/RES/51/207, 17 de diciembre de 1996.

22 *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998), 14 de abril de 1998.

23 Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Doc. ONU A/50/22 (1995), párr. 54-56; Vid. ROBINSON, P., op. cit., pp. 502-503.

24 VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en R. S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 80-81.

El narcotráfico, por tanto, estuvo presente durante las negociaciones llevadas a cabo en la Conferencia de Roma. Las delegaciones de Barbados, Dominica, Jamaica y Trinidad y Tobago presentaron una propuesta formal de definición del delito de tráfico de drogas con el objeto de que quedara incorporado a la competencia material de la Corte<sup>25</sup>. Ante la falta de apoyo de esta propuesta, estas mismas delegaciones insistirían de nuevo a pocos días de la finalización de la Conferencia de Roma, proponiendo, junto con las delegaciones de India, Sri Lanka y Turquía, que previamente habían propuesto incluir el terrorismo como crimen de lesa humanidad<sup>26</sup>, que se incluyeran tanto el delito de tráfico internacional de drogas como el de terrorismo como crímenes competencia de la Corte, dejando su definición en manos de una Comisión Preparatoria que se crearía posteriormente<sup>27</sup>. No obstante, una clara mayoría de los Estados se opuso a la inclusión de estos delitos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>28</sup>.

A pesar de que finalmente la jurisdicción de la Corte se limitara al genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, como anexo al Acta Final de la Conferencia Diplomática de Roma, se aprobó una resolución (Resolución E) en la que se destacaba la gravedad de los actos terroristas y del tráfico internacional de drogas ilícitas, recomendando que:

[...] en una Conferencia de Revisión [...] se examinen los crímenes de terrorismo y los relacionados con las drogas con miras a llegar a una definición aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte<sup>29</sup>.

Así, durante el octavo período de sesiones (2009) de la Asamblea de Estados Partes de la CPI se estudiaron las propuestas de enmienda realizadas por algunos países. Entre otras, los representantes de Trinidad y Tobago y Belice solicitaron de nuevo incluir el tráfico internacional de drogas en la competencia de la Corte Penal Internacional en los casos en que supusiera “una amenaza para la paz, el orden y la

25 “Barbados, Dominica, Jamaica and Trinidad and Tobago: proposal regarding article 5”, A/CONF.183/C.1/L.48, 3 de julio de 1998. Los delitos de tráfico de drogas serían aquellos definidos en el Artículo 3 de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988, cuando fueran cometidos en determinadas circunstancias (v. gr., a gran escala o en el marco de una estructura jerárquica y organizada).

26 “India, Sri Lanka and Turkey: Proposal Regarding Article 5”, A/CONF.183/C.1/L.27/Rev.1, 6 de julio de 1998.

27 “Barbados, Dominica, India, Jamaica, Sri Lanka, Trinidad and Tobago and Turkey: Proposal Regarding Article 5 and the Draft Final Act”, A/CONF.183/C.1/L.71, 14 de julio de 1998.

28 VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., op. cit., pp. 81 y 86-87; Vid. también BANTEKAS, I. y NASH, S., *International Criminal Law*, Routledge-Cavendish, 3a ed., Nueva York, 2007, p. 246; ROBINSON, P., op. cit., pp. 504-505.

29 Resolución E, *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 17 de julio de 1998, Doc. A/CONF.183/10, Anexo I.

seguridad de un Estado o de una región”, proponiendo una definición del delito<sup>30</sup>. Sin embargo, estas propuestas tampoco lograron el consenso necesario para ser consideradas en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, que se llevaría a cabo en Kampala (Uganda) en 2010. Aun así, la Asamblea de Estados Partes decidió crear un Grupo de Trabajo sobre Enmiendas, que servirá para retomar las discusiones sobre las propuestas presentadas o propuestas futuras<sup>31</sup>.

De lo anterior se puede concluir que, si bien el narcotráfico siempre estuvo en la mente de algunas de las delegaciones durante los trabajos preparatorios y las negociaciones para el establecimiento de un tribunal penal internacional, en general se concibió como un delito independiente de los crímenes de lesa humanidad. Lo mismo cabe afirmar con respecto a las propuestas de modificación del Estatuto de Roma formuladas recientemente con objeto de la Conferencia de Revisión celebrada en Kampala en 2010, así como en relación con los diversos Proyectos de Código de Delitos elaborados por la CDI. De esta manera, el proceso histórico descrito muestra que la cuestión central de los debates sobre el delito de narcotráfico ha sido determinar si debe ser considerado como uno de esos “crímenes más graves” competencia de la Corte Penal Internacional, y no si dicho delito puede ser considerado como crimen de lesa humanidad.

### **III. Narcotráfico en el Estatuto de Roma: ¿Podría calificarse como crimen de lesa humanidad?**

El Artículo 7 del Estatuto de Roma define los crímenes de lesa humanidad como cualquiera de los actos recogidos en su párrafo primero “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Esta disposición, complementada por lo dispuesto en el Artículo 7 (2) (a) ER, que define el “ataque contra una población civil” como aquella “línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización”, describe el contexto en el que se producen

30 Vid. CPI, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Conferencia de Revisión”, en *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 8º período de sesiones, La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2009*, Doc. ICC-ASP/8/20, vol. I, Anexo II, párr. 52-54 y Apéndice IV.

31 Vid. CPI, “Resolución de la Asamblea de los Estados Partes”, ICC-ASP/8/Res.6, 26 de noviembre de 2009, en *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 8º período de sesiones, La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2009*, Doc. ICC-ASP/8/20, vol. I, Parte II. El Grupo de Trabajo sobre Enmiendas volvería a estudiar durante 2011 la propuesta de Trinidad y Tobago y Belice, emitiendo un nuevo informe en el que se vuelve a evidenciar el poco consenso existente sobre la inclusión del tráfico internacional de drogas en el ER y los importantes problemas tanto jurídicos como políticos que surgen a la hora de llegar a un acuerdo. Vid. CPI, *Informe del Grupo de trabajo sobre las Enmiendas*, Doc. ICC-ASP/10/32, de 9 de diciembre de 2011, párr. 18-24 vol. I, Parte II.

los crímenes de lesa humanidad<sup>32</sup>. Por tanto, una conducta se podrá calificar como crimen de lesa humanidad siempre que se encuentre incluida entre los actos recogidos en el Artículo 7 (1) ER y sea cometida en el contexto que acabamos de mencionar (normalmente referido como “elementos contextuales” del crimen).

Aunque entre los actos individuales que pueden constituir crímenes de lesa humanidad no se encuentra reconocido el delito de narcotráfico como tal, el Artículo 7 (1) (k) ER establece que, bajo determinadas condiciones, “otros actos inhumanos” se podrían considerar crímenes de lesa humanidad. Por consiguiente, a la hora de analizar si el narcotráfico pudiera quedar incluido en la definición del Artículo 7 ER habría que hacerse una doble pregunta: primero, ¿podría considerarse que el comportamiento de los grupos criminales dedicados al tráfico de drogas cumple con los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad?; y, segundo, en caso afirmativo, ¿podría considerarse que los actos de tráfico ilícito de drogas se encuentran incluidos en la expresión “otros actos inhumanos” prevista en el Artículo 7 (1) (k) ER?

### **A. ¿Cumple la conducta de los grupos u organizaciones dedicadas al narcotráfico con los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad?**

Para responder a esta cuestión se describirán, en primer lugar, los parámetros que la CPI ha utilizado para definir los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad, para, en segundo lugar, analizar si los grupos dedicados al narcotráfico cumplen con los mismos.

#### **1. Elementos contextuales del crimen de lesa humanidad**

Según el Artículo 7 ER, la calificación de un acto como crimen de lesa humanidad requiere que: (i) exista un ataque dirigido contra una población civil, que (ii) se lleve a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización, y (iii) tenga una naturaleza generalizada o sistemática. Además es necesario que (iv) exista un nexo entre el acto imputado y el ataque contra la población civil, y (v) que el individuo realice el acto con conocimiento de dicho ataque<sup>33</sup>.

32 AMBOS, K., “Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, en L. SADAT (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, p. 282.

33 CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, de 31 de marzo de 2010, párr. 79; CPI, *Situation in the Republic of Cote D'Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire”, ICC-02/11-14-Corr, de 15 de noviembre de 2011, párr. 29.

## (i) Ataque dirigido contra una población civil

El “ataque” se define como aquella “línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 [del artículo 7 ER]”<sup>34</sup>. La propia Corte ha entendido que una “línea de conducta” se refiere a una campaña u operación llevada a cabo contra la población civil<sup>35</sup>. Dicha campaña u operación, que no deberá ser necesariamente de carácter militar<sup>36</sup>, debe implicar una multiplicidad de actos, no bastando pues con que se produzcan unos pocos actos aislados de los mencionados en el Artículo 7 (1) ER<sup>37</sup>.

Ese ataque deberá estar “dirigido contra una población civil”. Por tanto, la población civil debe ser el objetivo principal del ataque en cuestión, no pudiendo ser simplemente una víctima incidental de dicho ataque. Además, el ataque deberá estar dirigido contra la población civil en su conjunto y no simplemente contra personas seleccionadas al azar. No obstante, no será necesario que toda la población civil de una zona geográfica sea el objetivo de dicho ataque<sup>38</sup>.

El término “población civil” en el sentido del Artículo 7 ER otorga derechos y protección a *cualquier* población civil, independientemente de su nacionalidad, origen étnico o cualquier otra característica distintiva<sup>39</sup>. No obstante, las víctimas podrían pertenecer a una determinada nacionalidad o grupo étnico o tener otras características distintivas<sup>40</sup>, tales como, por ejemplo, su afiliación política<sup>41</sup>.

Por último, la Corte ha entendido que “población civil” se refiere a las “personas que son civiles, en contraposición a miembros de fuerzas armadas u otros comba-

34 ER, Artículo 7 (2) (a).

35 CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr.80; CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo, ICC-02/11-9-Red, de 30 de noviembre de 2011, párr.30.

36 Elementos de los Crímenes, Artículo 7, Introducción, párr. 3. Vid. *Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional*, Documentos oficiales, Asamblea de Estados partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, 3-10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3, II.B.

37 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., párr. 81.

38 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7)(a) and (b), párr. 76-77; CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 81-82; CPI, *Situation in the Republic of Cote D’Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 32-33; CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58, cit., párr. 30.

39 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7)(a) and (b), cit., párr.76

40 Cfr. CPI, *Situation in the Republic of Cote D’Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 32; CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58, cit., párr. 30.

41 Cfr. CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 81; CPI, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 164

tientes legítimos”<sup>42</sup>. Dado que este tipo de crímenes puede ser cometido tanto en tiempos de guerra como de paz, el concepto de “población civil” deberá interpretarse de una forma amplia, cubriendo no solo a la población general, sino también a aquellos que hayan dejado de participar en las hostilidades o que se encuentran fuera de combate (*hors de combat*) debido a enfermedad, heridas, detención o cualquier otra causa<sup>43</sup>.

## (ii) De conformidad con la política de un Estado o una organización

Este elemento implica que el ataque esté perfectamente organizado y siga un patrón regular. Así, un ataque que estuviera planeado, dirigido u organizado, en lugar de formado por actos de violencia espontáneos o aislados, cumpliría este criterio. Ahora bien, dicha “política” no necesita estar definida o formalizada de manera explícita, aunque debe ser llevada a cabo con el apoyo de un programa común que implique recursos públicos o privados<sup>44</sup>.

Esta política puede ser desarrollada por un Estado o por una “organización”. No obstante, aunque se han dado casos en los que ciertos Estados se han involucrado de diversas formas en el tráfico internacional de drogas, suele ser una lucrativa actividad en manos de grupos criminales organizados<sup>45</sup>. Es decir, la comisión de delitos relacionados con el narcotráfico rara vez implica acción estatal<sup>46</sup>, aunque ciertamente los grandes recursos que generan hacen que en muchos casos se valgan de funcionarios corruptos. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por “organización” a los efectos del Estatuto de Roma? Esta cuestión ha despertado grandes controversias al no existir un criterio claro al respecto en los instrumentos normativos de la CPI.

En un primer momento distintas Salas de la CPI establecieron que la “política” contemplada por el Artículo 7 (2) (a) ER podría ser llevada a cabo “tanto por gru-

42 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., párr. 78; CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 82; CPI, *Situation in the Republic of Cote D'Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 33 (traducción propia).

43 SCHABAS, W., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 154; KITTICHAISAREE, K., op. cit., p. 95; LIROLA, I., “Los crímenes de lesa humanidad: elementos definitorios”, en H. OLÁSOLA y S. CUENCA (eds.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 114.

44 Cfr. CPI, *Prosecutor v. Katanğa and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., párr. 396; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., párr. 81; CPI, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 210; CPI, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 111; CPI, *Situation in the Republic of Cote D'Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 43; CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58, cit., párrafo 37. En [...]

45 BANTEKAS, I. y NASH, S., op. cit., p. 239.

46 BASSIOUNI, “International Crimes”, cit., p. 153.

pos de personas que gobernarán un determinado territorio como por cualquier organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil<sup>47</sup>. Sin embargo, ha sido en el marco de la situación de la República de Kenia donde la Sala de Cuestiones Preliminares II ha tenido que abordar directamente este problema, determinando (por mayoría) que toda organización con la capacidad de llevar a cabo actos que atenten contra los valores humanos básicos podría cumplir los requisitos del Artículo 7 (2) (a) ER y, como consecuencia, efectuar un ataque constitutivo de crímenes de lesa humanidad<sup>48</sup>.

Bajo este criterio, la determinación de si un grupo concreto reúne las condiciones de una “organización” se debe hacer caso por caso, pudiéndose valorar, entre otros factores, si el grupo está bajo la autoridad de un mando responsable o tiene una jerarquía establecida, si posee los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, si ejerce control sobre una parte del territorio de un Estado, si el objetivo principal del grupo es realizar actividades delictivas contra la población civil, si el grupo expresa su intención de atacar a la población civil o si, por ejemplo, es parte de un grupo más grande, que cumple a su vez alguno o todos los criterios mencionados. Ahora bien, aunque estos factores podrían ayudar a la Sala a hacer su valoración, no constituyen una definición legal rígida, por lo que no será necesario que se satisfagan de forma exhaustiva<sup>49</sup>.

Sin embargo, la Sala no ha asumido un criterio unánime y, mientras la mayoría ha sostenido que toda organización que pudiera violar los valores humanos básicos podría cumplir los requisitos del Artículo 7 (2) (a) ER, uno de los magistrados, Hans-Peter Kaul, emitió una opinión disidente defendiendo que las organizaciones deberán compartir algunas de las características propias de los Estados<sup>50</sup>, lo que ha

47 Cfr. CPI, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 33 y 184; CPI, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 112; CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 90.

48 Cfr. CPI, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 33 y 184; CPI, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 112; CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 90.

49 Cfr. CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 93; CPI, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 185.

50 Esta también es la postura que, en términos generales, parecen mantener reconocidos autores como Schabas y Ambos. Vid., por ejemplo, SCHABAS, W., *The International Criminal Court*, cit., p. 152; SCHABAS, W., “Crimes against Humanity: The State Plan or Policy Element”, en L. SADAT y M. SCHARF (eds.), *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pp. 358-359; AMBOS, K. y WIRTH, S., “The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum*, vol. 13, núm. 1, 2002, pp. 26-27.

despertado ciertas incertidumbres sobre el criterio que la Corte sostendrá o debería sostener en futuras decisiones.

### (iii) Ataque “generalizado o sistemático”

Este elemento exige que el ataque al que se vinculan los actos imputados sea o bien generalizado o bien sistemático para que se pueda calificar como crimen de lesa humanidad<sup>51</sup>. Por tanto, solo se requerirá que sea “generalizado” o “sistemático” el ataque y no los actos individuales imputados<sup>52</sup>.

Por un lado, el término “generalizado” hace referencia a la envergadura del ataque, que deberá ser masivo, frecuente, llevado a cabo de forma colectiva con considerable gravedad y dirigido contra una multitud de víctimas<sup>53</sup>. Es decir, este elemento se refiere tanto a la naturaleza a gran escala del ataque como al número resultante de víctimas<sup>54</sup>, lo que pudiera suponer tanto un ataque llevado a cabo sobre una zona geográfica amplia como un ataque sobre una pequeña zona geográfica pero dirigido contra un gran número de civiles<sup>55</sup>. Por tanto, la valoración de este elemento no será exclusivamente cuantitativa o geográfica. Así, un ataque generalizado podría ser el efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un incidente de extraordinaria magnitud<sup>56</sup>.

Por su parte, el carácter “sistemático” del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a su improbable acontecimiento por azar<sup>57</sup>. Dicha naturaleza a menudo se puede expresar por medio de patrones de crímenes o, lo

51 CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., párr. 412.

52 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., párr. 151; CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 94.

53 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., párr. 83; CPI, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 176; CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58, cit., párr. 49.

54 CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 95; CPI, *Situation in the Republic of Cote D’Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 53.

55 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., párr. 83; CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., párr. 395.

56 CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 95; CPI, *Situation in the Republic of Cote D’Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 53; CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58, cit., párr. 49.

57 CPI, *Prosecutor v. Omar Al-Bashir*, cit., párr. 81; CPI, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, cit., párr. 179.

que es lo mismo, mediante una repetición no accidental de conductas criminales similares que se produzcan con regularidad<sup>58</sup>.

#### (iv) Nexo entre el acto y el ataque

El nexa entre el acto imputado y el ataque deberá ser analizado caso por caso en relación con cada acto concreto, de tal forma que para que un acto forme parte de un ataque debe compartir la naturaleza, los objetivos y las consecuencias de otros actos que forman parte de dicho ataque generalizado o sistemático<sup>59</sup>. Por tanto, los actos aislados que *claramente* difieran en su naturaleza, objetivo y consecuencias de otros actos que formen parte del ataque quedarán fuera del ámbito del Artículo 7 (1) ER<sup>60</sup>.

#### (v) Conocimiento del ataque

Por último, los actos se deben cometer con conocimiento del ataque. Es decir, el autor debe ser consciente de que el ataque está teniendo lugar y que su acción es parte del ataque<sup>61</sup>. No obstante:

[...] el conocimiento de dicho ataque [...] no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de *todas* las características del ataque ni de los *detalles precisos* del plan o la política del Estado o la organización<sup>62</sup>.

## 2. Aplicación de los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad a la conducta de las organizaciones dedicadas al narcotráfico

El narcotráfico no es un fenómeno aislado. Está estrechamente vinculado a la criminalidad organizada, que cada vez más aumenta la diversificación e interconexión de sus operaciones ilícitas y habitualmente aprovecha los recursos generados por el tráfico de drogas para desarrollar o financiar otro tipo de actividades

58 CPI, *Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution's Application for Warrant of Arrest, cit., párr. 81; CPI, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 179

59 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., párr. 86; CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., párr. 400.

60 CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 98; CPI, *Situation in the Republic of Cote D'Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15, cit., párr. 89".

61 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., párr. 88; CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., párr. 401.

62 Elementos de los Crímenes, Artículo 7, Introducción, párr. 2 (énfasis añadido).

como el tráfico de seres humanos y de armas, los secuestros o incluso actividades terroristas<sup>63</sup>. Como señala la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), las drogas son dominio de la delincuencia organizada y su tráfico ilícito puede poner en peligro la estabilidad política de muchos países. En algunos se ha convertido en la principal fuente de financiación de grupos insurgentes, rebeldes y grupos armados ilegales. Un claro ejemplo de que este tipo de grupos se involucra cada vez más en el comercio ilícito de drogas para financiar sus actividades lo representan las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que lo han convertido en una de sus principales fuentes de ingreso<sup>64</sup>. En otros países, por su parte, los traficantes de drogas son lo suficientemente poderosos como para desafiar al Estado mediante la confrontación violenta o la corrupción de las altas instancias<sup>65</sup>. Las actividades de estas organizaciones criminales tienen amplias repercusiones en materia de seguridad y generan violencia a gran escala<sup>66</sup>.

De esta forma, se puede afirmar que algunas organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas tienen la capacidad de llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Los enormes recursos que genera el narcotráfico hacen que determinadas organizaciones criminales puedan obtener los medios necesarios para desarrollar operaciones sostenidas que impliquen la comisión múltiple de varios de los actos del Artículo 7 (1) ER. Aunque ciertamente el objetivo principal de las actividades relacionadas con el tráfico de drogas suele ser obtener un beneficio económico y no tanto atacar a civiles<sup>67</sup>, suele venir acompañado de delitos como asesinatos, violaciones, esclavitud sexual, prostitución forzada u otros actos inhumanos<sup>68</sup>, muchos de los cuales pueden tener como objetivo principal a la población civil en su conjunto y no simplemente a personas seleccionadas al azar. Además, estos grupos actúan a gran escala, de una forma masiva, frecuente

63 Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad*, Doc. ONU S/PRST/2010/4, 24 de febrero de 2010; cit.; Preámbulo de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988; Vid. BANTEKAS, I. y NASH, S., op. cit., p. 239; TAYLOR, B., op. cit., pp. 1-5.

64 Vid. otros ejemplos en UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2012*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 124; Cfr. JOJARTH, C., *Crime, War and Global Trafficking*, Cambridge University Press, Ciudad, 2009, pp. 94-96; TAYLOR, cit., p. 5; NEUILLY, M., "International Drug Trafficking", en S. KETHINENI (ed.), *Comparative and International Policing, Justice, and Transnational Crime*, Carolina Academic Press, Durham, 2010, p. 360.

65 UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2010*, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, pp. 231-232.

66 Por ejemplo, de acuerdo con los datos recopilados por UNODC, los países con las tasas de homicidio más altas del mundo se encuentran en su mayoría en las principales rutas de tráfico de cocaína. Se ha llegado a decir que la violencia asociada con el comercio de cocaína podría equipararse a una guerra civil en las zonas más afectadas. UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2010*, cit., pp. 234 y 245; UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2012*, cit., p. 50.

67 Vid. BANTEKAS, I. y NASH, S., op. cit., p. 239; KIEFER, H., op. cit., p. 171; TAYLOR, B., op. cit., p. 2.

68 SMITH, J., "An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes against Humanity", *Georgetown Law Journal*, vol. 97, núm. 4, 2009, pp. 1134-1135.

y llevando a cabo delitos de extraordinaria gravedad sobre amplias zonas geográficas, generando con su actividad y poder un contexto de impunidad absoluto<sup>69</sup>. La globalización económica ha hecho que el crimen organizado haya expandido sus actividades operacionales y ámbito geográfico<sup>70</sup>. Asimismo, las cuantiosas ganancias procedentes de la droga suelen ser utilizadas para “comprar” su impunidad<sup>71</sup>, lo que les permite dirigir sus ataques contra un gran número de víctimas y actuar a través de actos de violencia organizados, que se expresan mediante patrones o conductas criminales que se repiten con regularidad<sup>72</sup>.

Si bien cada organización y contexto deberán valorarse caso por caso, un ejemplo de que determinados grupos dedicados al tráfico de drogas tienen la capacidad de llevar a cabo un ataque contra la población civil podemos encontrarlo en Centroamérica, una de las regiones que más está sufriendo la violencia asociada con el narcotráfico<sup>73</sup>. Aunque actualmente el tráfico de cocaína es la actividad más lucrativa de la delincuencia organizada en esta región, no es la única; también es frecuente que estas organizaciones se dediquen al tráfico de armas o se aprovechen de los migrantes irregulares que se dirigen hacia Estados Unidos, a muchos de los cuales se les roba, secuestra o explota<sup>74</sup>. Especialmente vulnerables a esta situación son las mujeres, principales víctimas de violaciones y explotación sexual<sup>75</sup>.

Generalmente, estas redes de tráfico de personas utilizan a chicas jóvenes para fines de explotación sexual, a otras mujeres para explotación laboral y en especial las niñas indígenas son tratadas con fines de mendicidad obligada<sup>76</sup>. Los traficantes conocen dónde se congregan las mujeres migrantes y usan su experiencia para detectar potenciales víctimas, utilizando en algunos casos *scouts* para ganarse su

69 Por ejemplo, en regiones como África occidental, el comercio de la droga está controlado por personajes tan poderosos que apenas es posible oponerles resistencia. UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2010*, cit., p. 235.

70 JOJARTH, C., op. cit., p. 7; SMITH, J., op. cit., p. 1115.

71 UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2012*, cit., p. 104.

72 Vid. SMITH, J., op. cit., pp. 1139-1152.

73 Países como Belice, El Salvador, Guatemala y Honduras están experimentando los mayores índices de homicidio del mundo, debido, en parte, a que por sus territorios transitan las principales rutas de tráfico de cocaína de la región, cuya producción se concentra en la subregión andina (fundamentalmente Bolivia, Colombia y Perú) y se dirige principalmente al consumo en Estados Unidos. Cfr. UNODC, *Delincuencia Organizada Transnacional en Centroamérica y el Caribe: Una Evaluación de las Amenazas*, Viena, 2012, pp. 15-17; UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2012*, cit., pp. 50 y ss.

74 UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica*, cit., p. 11. El principal flujo de migrantes irregulares se produce por tierra desde Guatemala, El Salvador y Honduras por medio de México hacia los Estados Unidos. La mayor preocupación de estos migrantes son los grupos de delincuencia organizada situados a lo largo de las áreas de cruce fronterizo, que, gracias a sus conexiones con oficiales corruptos, pueden victimizar con total impunidad. UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica*, cit., pp. 45-49.

75 UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica*, cit., p. 53.

76 UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica*, cit., pp. 54-56.

confianza y guiarles hacia el lugar de explotación<sup>77</sup>. De ello podría desprenderse que existe un cierto patrón de “selección” de las personas que van a ser forzadas a prostituirse: mujeres, jóvenes, con determinados rasgos estéticos, físicos, raciales o étnicos. Estas características comunes, que han debido ser previamente fijadas por la propia organización, las convierten en objeto del ataque. Además, con la finalidad de “ejecutar” este plan de una forma eficiente, estas chicas son identificadas con anterioridad. Ya sea ejerciendo violencia directamente sobre ellas o aprovechando su situación de especial vulnerabilidad, se ven sometidas en muchos casos a esclavitud sexual o prostitución forzada, configurándose de esta forma un “ataque contra la población civil” de acuerdo con los parámetros fijados por la CPI<sup>78</sup>. Asimismo, estos ataques pueden ser considerados como generalizados o, sobre todo, sistemáticos, al dirigirse contra multitud de víctimas<sup>79</sup>, ser frecuentes, llevarse a cabo de forma colectiva y organizada y expresarse a través de patrones de crímenes que se producen regularmente utilizando un mismo *modus operandi*.

Los grupos criminales dedicados al tráfico de drogas que generan dinámicas de violencia contra la población civil como las que acabamos de describir actúan de acuerdo con una política, están perfectamente organizados, adoptan un cierto grado de estructura jerárquica<sup>80</sup> y disponen de medios que muchas veces superan los de los propios Estados. En algunas regiones, las enormes ganancias generadas por el tráfico de drogas se acercan al Producto Interior Bruto de algunos países, comprometiendo así la autoridad del Estado, el desarrollo económico y el imperio de la ley<sup>81</sup>. Tanto es así que Gobiernos de países con economías pequeñas pueden llegar a tener problemas a la hora de reafirmar su autoridad sobre el territorio so-

77 Id., pp. 55-56.

78 Para valorar si los ataques estaban dirigidos contra una población civil, la CPI ha tomado en cuenta en algunas de sus decisiones dictadas hasta la fecha la información relevante relativa a factores como el estatus de las víctimas, sus características distintivas, así como los métodos usados durante los ataques. Cfr. CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, cit., párr. 108 y ss.

79 Se estima que estos flujos de inmigración irregular mueven a decenas de miles de personas, de las que alrededor de un 20% sería mujer. A la hora de estimar la cantidad de mujeres tratadas con fines de explotación sexual, el índice más usado internacionalmente es que una de cada treinta víctimas será detectada anualmente. De esta forma, diversos estudios indican que únicamente los mercados de Chiapas/Guatemala y Costa Rica/Panamá podrían implicar alrededor de 1.500 víctimas anuales. Otras estimaciones, de acuerdo con los datos de la ONG Casa Alianza, hablan de la existencia de al menos 15.000 niños víctimas de redes de trata con fines de explotación sexual solo en Guatemala. Cfr. UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica*, cit., pp. 53-54 y 57.

80 El Artículo 2 (a) de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional define “grupo delictivo organizado” como todo aquel “grupo estructurado [...] que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves [...] con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Cfr. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, de 15 de noviembre de 2000, vol. 2225, UNTS, Nueva York, p. 209; Vid. también SMITH, J., op. cit., p. 1115.

81 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU], *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, Doc. ONU A/59/565, 2 de diciembre de 2004, p. 54, párr. 166.

berano<sup>82</sup>. La riqueza derivada de las drogas puede comprar las armas y la influencia necesarias para alterar el curso de los acontecimientos políticos, especialmente en las regiones más pobres<sup>83</sup>. Esto provoca que estos grupos lleguen a ejercer autoridad o incluso control sobre partes del territorio de un Estado. En ciertos lugares los delinquentes se han hecho tan poderosos que, en lugar de evadir al Gobierno, comienzan a enfrentarse a él directamente (por medio de la violencia) o a usurparlo (por medio de la corrupción a altos niveles)<sup>84</sup>. El tráfico de drogas en manos de estos grupos socava el Estado de Derecho y puede suponer una grave amenaza para la estabilidad y el desarrollo de ciertas regiones e incluso para la paz y seguridad internacionales<sup>85</sup>. Por tanto, el poder y la naturaleza criminal de las actividades de estas organizaciones hacen que dispongan de una capacidad significativa para violar valores humanos básicos (*v. gr.*, vida, integridad física, dignidad humana o libertad).

Siguiendo con el ejemplo de Centroamérica —donde el flujo de cocaína, los grupos criminales empoderados por este flujo y la violencia asociada con ambos es ampliamente reconocida como la amenaza central que enfrenta hoy en día la región—<sup>86</sup>, los grupos de delincuencia organizada vinculados al territorio son el núcleo del problema<sup>87</sup>. Gran parte de la violencia actual en la región se relaciona con el creciente control de los grupos territoriales sobre el tráfico transnacional<sup>88</sup>. Estas organizaciones son un tipo de sustituto del Estado, que impone el orden en áreas que este ha descuidado o no puede controlar totalmente<sup>89</sup>. En muchos aspectos, actúan como un Estado dentro del Estado<sup>90</sup>. Se centran en mantener el control de ciertas áreas geográficas y gravar toda actividad criminal en las mismas, incluyendo el tráfico de drogas<sup>91</sup>. Para mantener este control se valen de la violencia, por lo que requieren de un alto grado de organización y capacidad de ejecución, disponiendo en muchos casos de algo parecido a un ejército (muchas veces mejor armados que

82 UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2010*, cit., p. 231.

83 *Id.*, p. 245.

84 *Id.*, p. 232.

85 *Id.*, p. 245; UNODC, *Transnational Organized Crime in West Africa: A Threat Assessment*, Viena, 2013, pp. 3-8; TAYLOR, B., op. cit., pp. 3-4.

86 UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica*, cit., p. 15.

87 Ejemplos de estos grupos territoriales son el Cartel del Pacífico y Los Zetas, en México o las familias criminales guatemaltecas (por ejemplo, Los Mendozas). Vid. UNODC, *Delincuencia Organizada Transnacional en Centroamérica*, cit., pp. 23-25.

88 En Centroamérica todos los grupos de delincuencia organizada pueden incluirse en dos categorías principales: grupos de delincuencia organizada vinculados al territorio y grupos de tráfico transnacional (conocidos como *transportistas*). Estos últimos son “grupos” solo en el sentido más laxo de la palabra, pues representan, más bien, redes de proveedores, transportistas y receptores, como cabría encontrar en cualquier cadena de suministro lícita. Vid. UNODC, *Delincuencia Organizada Transnacional en Centroamérica*, cit., pp. 23-25.

89 “[...] UNODC, *Delincuencia Organizada Transnacional en Centroamérica*, cit., p. 22.

90 *Id.*, p. 11.

91 UNODC, *Delincuencia Organizada Transnacional en Centroamérica*, cit., p. 11.

las fuerzas del orden), donde hay una jerarquía clara y una cadena de mando<sup>92</sup>. Estos grupos son, de hecho, actores pseudogubernamentales, cuyo poder alimenta su riqueza, la cual a su vez les permite extender su poder<sup>93</sup>, constituyendo formas alternativas de gobernanza que los sitúan con una influencia política considerable y con la capacidad de decidir elecciones y avanzar hasta la corrupción de alto nivel<sup>94</sup>.

De esta manera, se puede concluir que, en determinados casos, organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico tienen la capacidad de llevar a cabo ataques generalizados o sistemáticos contra poblaciones civiles de conformidad con políticas propias, cumpliendo así los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad —tal como han sido definidos hasta la fecha por los propios órganos jurisdiccionales de la CPI—. Indudablemente, no todas las organizaciones que se involucren en el tráfico de drogas cumplen con estos requisitos. Sin embargo, es sin duda uno de los escenarios posibles y, por tanto, deberá ser uno de los contextos que la CPI podría tener que abordar en un futuro.

## **B. ¿Pueden considerarse los actos de tráfico ilícito de drogas como “otros actos inhumanos” a la luz del Artículo 7 (1) (k) ER?**

Hasta aquí hemos concluido que ciertas organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico pueden cumplir con los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad. Queda, por tanto, abordar la cuestión relativa a si los actos de tráfico de estupefacientes pueden considerarse incluidos en la definición de “otros actos inhumanos” contenida en el Artículo 7 (1) (k) ER.

Según el Artículo 7 (1) (k) ER, son constitutivos de crímenes de lesa humanidad aquellos “actos inhumanos de carácter similar” a cualquier otro de los actos previstos en el Artículo 7 (1) ER “que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Esta disposición recoge, por tanto, una categoría residual de crímenes de lesa humanidad, aplicable únicamente a aquellas conductas que no puedan encuadrarse en alguna de las otras categorías de actos recogidos en el Artículo 7 (1) ER<sup>95</sup>.

De conformidad con el principio *nullum crimen sine lege* incorporado en el Artículo 22 ER, esta categoría residual debe interpretarse de una forma estricta para evitar una ampliación excesiva del ámbito de los crímenes de lesa humanidad<sup>96</sup>.

92 Id., p. 22.

93 Id., p. 78.

94 Id., pp. 22 y 30.

95 CPI, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 269; CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, cit., párr. 452.

96 CPI, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 269.

Por consiguiente, la categoría de “otros actos inhumanos” no abarca cualquier tipo de acto ya que contiene ciertas limitaciones en relación tanto con la conducta que constituye un acto inhumano como con las consecuencias exigidas como resultado de dicha conducta<sup>97</sup>. En cuanto a la conducta, la Corte ha señalado en el caso *Katanga* que estos “otros actos inhumanos” deben ser constitutivos de graves violaciones del Derecho Internacional Consuetudinario y los derechos fundamentales del ser humano (recogidos en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos) y han de tener una naturaleza y gravedad similar a la de las otras categorías de actos previstos en el Artículo 7 (1) ER<sup>98</sup>. En cuanto a las consecuencias, se exige que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física<sup>99</sup>.

Así pues, tomando como referencia el régimen jurídico establecido por la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, el tratado más completo e importante contra el tráfico de drogas<sup>100</sup>, el narcotráfico difícilmente podría calificarse como una grave violación del Derecho Internacional consuetudinario, pues a pesar de la amplia participación en la Convención (a la fecha de elaboración de este artículo, 188 Estados la han ratificado), es un instrumento cuyo propósito principal es promover la cooperación entre los Estados (Artículo 2). Para ello, los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para tipificar en su Derecho interno como tráfico ilícito de estupefacientes una amplia gama de delitos, que engloba desde la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, distribución o venta, hasta la entrega, el envío, el transporte, la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica (Artículo 3).

Por ende, aunque se podría considerar que existe una preocupación universal sobre la necesidad de cooperar contra el tráfico de drogas y la obligación de recoger dicho delito en las legislaciones nacionales, no existe entre los Estados la convicción de que los actos tipificados en la citada Convención sean tan graves

97 CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 450; [...]

98 CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 448.

99 Id., párrafo 453; Vid. SCHABAS, W. *The International Criminal Court*, cit., pp. 183-184.

100 ROBINSON, P., op. cit., p. 499; CRYER, R., “Drug Crimes and Money Laundering”, en W. SCHABAS y N. BERNAZ (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2011, p. 184.

como para considerarse crímenes de Derecho Internacional<sup>101</sup> conforme a Derecho Internacional consuetudinario<sup>102</sup>. Esta afirmación vendría apoyada por el hecho de que este delito fuera deliberadamente excluido del Proyecto de Código de Crímenes presentado por la CDI en 1996, y de que ni en las negociaciones del Estatuto de Roma ni en los intentos posteriores para su modificación se haya podido llegar a un acuerdo para la inclusión del narcotráfico como uno de los crímenes competencia de la CPI<sup>103</sup>.

La falta de consenso a la hora de incorporar el narcotráfico al Estatuto de Roma también podría interpretarse como una muestra de que la comunidad internacional no está convencida de que este delito sea de una naturaleza y gravedad similar a las demás categorías de actos previstos en el Artículo 7 (1) ER. Aunque la Corte ha destacado que el tipo de “otros actos inhumanos” tiene en el ER un alcance diferente al de sus antecedentes (Estatuto del Tribunal de Núremberg y de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia), donde se concebía como una disposición de carácter general que dejaba un margen muy amplio para que la jurisprudencia fijara sus límites<sup>104</sup>, no cabe duda de que los magistrados siguen teniendo un considerable margen de interpretación para valorar estos actos<sup>105</sup>. Así, la Corte ha entendido en alguna de sus decisiones que en la expresión “otros actos inhumanos” pudieran estar incluidos, por ejemplo, mutilaciones u otros graves atentados contra la integridad física (*v. gr.* circuncisión forzada o amputación del pene) o casos en los que personas fueron brutalmente

101 De esta forma, el tráfico Internacional de drogas sería un delito de base convencional que podría calificarse como crimen “transnacional” o “con trascendencia internacional”, pero que no cumpliría los requisitos para ser considerado un crimen de Derecho Internacional (categoría reservada a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, fundamentalmente: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión). Vid. WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, 2a ed., Valencia, 2011, pp. 78-81 y 98-103; CRYER, R., “Drug Crimes and Money Laundering”, cit., pp. 181-182. Que una determinada conducta sea reconocida universalmente como delito en las legislaciones nacionales, no hace por sí solo que se convierta en un crimen de Derecho internacional. BASSIOUNI, M.C. *Crimes against Humanity*, cit., p. 406.

102 ROBINSON, P., op. cit., p. 507.

103 Vid. *supra* epígrafe II; ROBINSON, P., op. cit., pp. 506-510; CRYER, R., “Drug Crimes and Money Laundering”, cit., p. 187.

104 CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 450.

105 DE GUZMAN, M., “Crimes against Humanity”, en W. SCHABAS y N. BERNAZ (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2011, p. 134.

asesinadas o mutiladas en presencia de sus familiares, suponiendo para estos un grave sufrimiento psíquico o mental<sup>106</sup>.

A pesar de que en decisiones judiciales recaídas en alguno de los Estados parte en el ER (este es el caso de Venezuela, por ejemplo) se ha considerado el tráfico ilícito de estupefacientes como un delito de lesa humanidad “que atenta gravemente contra la integridad física, mental y económica de un número indeterminado de personas y de igual forma genera violencia social”<sup>107</sup>, difícilmente este tipo de actos pueden equipararse en naturaleza y gravedad a los demás recogidos en el Artículo 7 (1) ER<sup>108</sup> a la luz de los casos que hasta la fecha han sido considerados como “otros actos inhumanos” en las resoluciones de la CPI. La exigencia de que la categoría residual de “otros tratos inhumanos” sea interpretada de forma estricta no hace sino reforzar esta conclusión.

Por último, respecto a las consecuencias que acarrea el narcotráfico, de acuerdo con los datos recopilados por UNODC no existe una relación lineal entre la cantidad de drogas traficadas y la cantidad de violencia experimentada. Países actualmente con muy poco tráfico pueden experimentar tasas de violencia mucho más altas que países con mucho tráfico. De hecho, una disminución del tráfico de drogas puede llegar a ser tan desestabilizadora como un incremento<sup>109</sup>. Esto es así porque, por un lado, la mayor parte de la violencia generada por las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico no se produce por la actividad de tráfico de drogas como tal, sino por el conjunto de delitos que se producen en conexión con dicha actividad (como asesinatos, extorsión, robos o secuestros), que pueden causar mucha más violencia que los actos de tráfico de drogas<sup>110</sup>. Además, por otro lado, donde la delincuencia está bien organizada o donde los grupos no tienen la necesidad de rivalizar entre sí o de enfrentarse al Estado las drogas pueden fluir a través de una región de tránsito sin incidentes, controladas de manera centralizada y beneficiándose de la corrupción de alto nivel<sup>111</sup>. Ni siquiera el nivel de consumo de drogas se podría con-

106 Cfr. CPI, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges, cit., párr. 270-277. En esta misma Resolución, la Sala no entendió que la destrucción de propiedades pudiera ser calificada como “otros actos inhumanos”, al considerar que no se había probado suficientemente que dicha conducta causara en este caso el tipo e intensidad de sufrimiento mental requerido. Cfr. Id., párr. 278-279. Por otro lado, la CPI emitió en 2011 y 2012, en el marco de la situación de Costa de Marfil, órdenes de arresto contra Laurent Gbagbo y Simone Gbagbo, respectivamente, donde se les imputa el crimen de lesa humanidad de “otros actos inhumanos”. También emitió en 2005 órdenes de arresto contra Kony, Otti y Ongwen en el marco de la situación en Uganda, que incluyen acusaciones de “otros actos inhumanos” por atentar gravemente contra la integridad física y causar gran sufrimiento sobre civiles residentes en un campamento de desplazados.

107 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia*, 348, de 6 de agosto de 2010; REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* 568, de 18 de diciembre de 2006.

108 KIEFER, H., op. cit., p. 171.

109 UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica*, cit., p. 65.

110 Id., p. 11.

111 UNODC, *Delincuencia Organizada Transnacional en Centroamérica*, cit., p. 17.”

siderar consecuencia directa del tráfico, pues, como hemos podido ver a lo largo de este trabajo, generalmente los países más afectados por los grupos dedicados al tráfico internacional de drogas son aquellos que se encuentran en las regiones de tránsito y no en las de consumo (principalmente Estados Unidos y Europa).

Por lo tanto, se puede afirmar que los actos de tráfico de drogas no cumplen *per se* con los requisitos de la categoría de “otros actos inhumanos” contenida en el Artículo 7 (1) (k) ER. Por consiguiente, al no encontrarse previstos expresamente en ninguna de las otras categorías de actos recogidas en el Artículo 7 (1) (a)-(j) ER, no pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad en el marco del Estatuto de Roma.

#### **IV. Conclusiones**

Tanto durante los trabajos preparatorios y las negociaciones para el establecimiento de un tribunal penal internacional como en los intentos posteriores de modificar el Estatuto de Roma se ha evidenciado que, a diferencia de lo que ocurre con los crímenes de lesa humanidad, no existe consenso en la comunidad internacional sobre la consideración del narcotráfico como uno de los “crímenes más graves”. Consecuencia de esta falta de consenso ha sido su no inclusión, de manera explícita, entre los delitos que conforman la competencia material de la Corte.

Sin embargo, la creciente peligrosidad y poder y los graves problemas de seguridad que causan las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico en algunas regiones, así como la dificultad de perseguirlas de una forma eficaz, han provocado que desde diversos frentes se haya planteado la posibilidad de que actos de tráfico de drogas pudieran ser considerados crímenes de lesa humanidad conforme al Estatuto de Roma.

Esta propuesta aparece reforzada al constatar que determinados grupos criminales dedicados al narcotráfico cumplirían con los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, al disponer de capacidad para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de conformidad con una política fijada por la propia organización.

No obstante, un análisis en profundidad revela que los actos de tráfico ilícito de drogas no solo no aparecen expresamente recogidos entre las diversas categorías de actos previstos en el Artículo 7 (1) (a)-(j) ER, sino que tampoco cumplen con las condiciones necesarias para poder encuadrarse en la categoría residual de “otros actos inhumanos” prevista en el Artículo 7 (1) (k) ER.

En consecuencia, para que miembros de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico puedan ser responsables de crímenes de lesa humanidad deben llevar a cabo, además de los actos de tráfico ilícito de estupefacientes a los que habitual-

mente se dedican, otro tipo de actividades (por ejemplo, asesinatos, secuestros, esclavitud sexual o prostitución forzada), que sí puedan ser consideradas actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad conforme al Artículo 7 (1) ER.

Por tanto, la lucha contra los actos de tráfico de drogas propiamente dichos deberá seguir centrándose en la búsqueda de medios de cooperación internacional más efectivos, con un enfoque estratégico tanto regional como global, y que hagan hincapié en el fortalecimiento de capacidades, la prevención y la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada.

## Referencias bibliográficas

- AMBOS, K., “Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, en L. SADAT (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, pp. 279-304.
- AMBOS, K., y WIRTH, S., “The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum*, vol. 13, núm. 1, 2002, pp. 1-90.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Doc. ONU A/50/22 (1995).
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 44/39*, Doc. ONU A/RES/44/39, 4 de diciembre de 1989.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 49/53*, Doc. ONU A/RES/49/53, 9 de diciembre de 1994.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 50/46*, Doc. ONU A/RES/50/46, 11 de diciembre de 1995.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 51/207*, Doc. ONU A/RES/51/207, 17 de diciembre de 1996.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, Doc. ONU A/59/565, 2 de diciembre de 2004.
- BANTEKAS, I., y NASH., S., *International Criminal Law*, Routledge-Cavendish, 3ª ed., Nueva York, 2007.

BASSIOUNI, M. C., “International Crimes: The *Ratione Materiae* of International Criminal Law”, en M. C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. I. Sources, Subjects and Contents, Martinus Nijhoff Publishers, 3ª ed., Leiden, 2008, pp. 129-203.

BASSIOUNI, M., *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011.

BOOT, M., DIXON, R. y HALL, C., “Article 7. Crimes against humanity”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court ¾Observers’ Notes, Article by Article—*, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2a ed., Múnich, 2008, pp. 151-274.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: tercer período de sesiones, 16 de mayo-27 de julio de 1951*, Doc. ONU A/1858 (1951).

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: sexto período de sesiones, 3 de junio-28 de julio de 1954*, Doc. ONU A/2693 (1954).

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 43º período de sesiones, 29 de abril-19 de julio de 1991*, Doc. ONU A/46/10 (1991).

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 46º período de sesiones, 2 de mayo-22 de julio de 1994*, Doc. ONU A/49/10 (1994).

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 48º período de sesiones, 6 de mayo-26 de julio de 1996*, Doc. ONU A/51/10 (1996).

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad*, Doc. ONU S/PRST/2010/4, 24 de febrero de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Conferencia de Revisión”, en *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 8º período de sesiones, La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2009*, Doc. ICC-ASP/8/20.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Resolución de la Asamblea de los Estados Partes, ICC-ASP/8/Res.6, 26 de noviembre de 2009”, en *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 8º período de sesiones, La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2009*, Doc. ICC-ASP/8/20.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional*, Documentos oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Informe del Grupo de trabajo sobre las Enmiendas*, Doc. ICC-ASP/10/32, de 9 de diciembre de 2011.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-02/11-382-Red, de 23 de enero de 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-373, de 23 de enero de 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situation in the Republic of Cote D'Ivoire*, Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”, ICC-02/11-14-Corr, de 15 de noviembre de 2011.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, de 31 de marzo de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 de enero de 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre de 2008.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, de 15 de junio de 2009.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *The Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo, ICC-02/11-01/11-9-Red, 30 de noviembre de 2011.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* ("Omar Al Bashir"), Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, de 4 de marzo de 2009.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-373, 23 de enero de 2012.

CRYER, R., "Drug Crimes and Money Laundering", en W. SCHABAS y N. BERNAZ (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2011, pp. 181-194.

CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Nueva York University Press, 2a ed., Nueva York, 2010.

- DE GUZMÁN, M., “Crimes against Humanity”, en W. SCHABAS y N. BERNAZ (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2011, pp. 121-137.
- ESCRIBANO, J., *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*, Visión Libros, Madrid, 2009.
- JOJARTH, C., *Crime, War and Global Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- KIEFER, H., “Just Say No: The Case against Expanding the International Criminal Court’s Jurisdiction to Include Drug Trafficking”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 2, 2009, pp. 157-181.
- KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- LIROLA DELGADO, I., “Los crímenes de lesa humanidad: elementos definitivos”, en H. OLÁSOLO y S. CUENCA CURBELO (coords.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*. Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 107-118.
- NEUILLY, M., “International Drug Trafficking”, en S. KETHINENI (ed.), *Comparative and International Policing, Justice, and Transnational Crime*, Carolina Academic Press, Durham, 2010, pp. 355-384.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO [UNODC], *Transnational Organized Crime in West Africa: A Threat Assessment*, Autor, 2013.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO [UNODC], *Delincuencia Organizada Transnacional en Centroamérica y el Caribe: Una Evaluación de las Amenazas*, Viena, 2012.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO [UNODC], *Informe mundial sobre las drogas 2012*, Nueva York, 2012.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO [UNODC], *Informe Mundial sobre las Drogas 2010*, Nueva York, 2010.
- OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

- OLÁSOLO, H., y CUENCA CURBELO, S. (coords.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, Viena, 20 de diciembre de 1988, UNTS, vol. 1582.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF. 183/9, Roma, 17 de julio de 1998, UNTS, vol. 2187.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Informe de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, Doc. ONU A/44/770, 24 de noviembre de 1989.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court: Rome, 15 June-17 July 1998, Official Records*, vol. III. Doc. A/CONF.183/13 (Vol. III), Autor, Nueva York, 2002.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 17 de julio de 1998, Doc. A/CONF.183/10.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Nueva York, 15 de noviembre de 2000, UNTS, vol. 2225.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Convención única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes*, Nueva York, 8 de agosto de 1975, UNTS, vol. 976.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Convenio sobre sustancias sicotrópicas*, Viena, 21 de febrero de 1971, UNTS, vol. 1019.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU], *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998), 14 de abril de 1998.

- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia 568*, de 18 de diciembre de 2006.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia. 348*, de 6 de agosto de 2010.
- ROBINSON, P., “The Missing Crimes”, en A. CASSESE, P. GAETA y J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 497-526.
- SCHABAS, W. y BERNAZ, N. (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2011.
- SCHABAS, W., “Crimes against Humanity: The State Plan or Policy Element”, en L. SADAT y M. SCHARF (eds.), *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pp. 347-364.
- SCHABAS, W., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SMITH, J., “An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity”, *Georgetown Law Journal*, vol. 97, núm. 4, 2009, pp. 1111-1154.
- TAYLOR, B., “International Drug Trafficking. Threats, Challenges and Responses”, *Global Review of Cyberlaw*, vol. 12, núm. 1, 2012, pp. 1-30.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA [TPIY], *Prosecutor v. Blaskic*, Trial Chamber, Judgement, Caso No. IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000.
- VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en R. S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 79-126.
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011.

# SECCIÓN DE RESEÑAS JURISPRUDENCIALES

## **Decisiones comentadas con el acompañamiento de la profesora Andrea Mateus Rugeles**

### CORTE PENAL INTERNACIONAL

#### **A. Decisiones relacionadas a la participación de víctimas dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional**

*Nicolás Sarmiento Santos*

#### **B. Decisión relacionada con la admisibilidad del caso**

*Nicolás López Guerrero*

#### **C. Decisiones relativas a las modalidades de responsabilidad en el Estatuto de Roma y la aplicación de la norma 55 del reglamento de la Corte Penal Internacional sobre separación de cargos**

*Nicolás López Guerrero*

### TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO

*Nicolás Sarmiento Santos*

## **A. Decisiones relacionadas a la participación de víctimas dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional**

### ***Decisión de la sala de juicio I en la que establece los principios y procedimientos aplicados a las reparaciones del 7 de agosto de 2012<sup>1</sup>***

#### **Situación en la República Democrática del Congo en el caso del fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo**

Nicolás Sarmiento Santos\*

En el caso de la Fiscalía frente a Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Juicio I (en adelante, la Sala) de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte o CPI) profirió una decisión que estableció los principios que deben ser observados y aplicados en la reparación a las víctimas, de conformidad con el artículo 75 del Estatuto de Roma (ER) y la Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante, las Reglas). En esta medida, la Sala debió determinar los procedimientos y principios que deben ser aplicados por la Corte en la reparación de las víctimas del crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años y su utilización en hostilidades por parte de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC)<sup>2</sup>.

La solución de estudio que plantea la Sala inicia con un breve análisis del trasfondo procedimental del caso *sub judice* (I) y finaliza con las consideraciones de la misma (II).

\* Estudiante de décimo (X) semestre de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Correo electrónico: sarmiento.nicolas@urosario.edu.co

1 ICC-01/04-01/06. Corte Penal Internacional. Decisión de la Sala de Juicio I que establece los principios y procedimientos aplicados a las reparaciones del 7 de agosto de 2012. Situación en la República Democrática del Congo en el caso del fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1447971.pdf>> [Consulta: 18.8.2013].

2 Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (FPLC).

## **I. Trasfondo procedimental del caso *sub judice***

El 14 de marzo de 2012, la Sala dictó sentencia en virtud del artículo 74 del Estatuto donde encontró penalmente responsable al señor Thomas Lubanga Dyilo del crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas y utilizarlos para participar de manera activa en las hostilidades, de conformidad con los artículos 8 (2) (e) (vii) y 25 (3) (a) ER. En consecuencia, la Sala decretó la apertura de la audiencia de reparación a las víctimas.

De esta forma, la Sala le concedió la participación a diferentes organismos para emitir alegatos y consideraciones respecto a los procedimientos de reparación a víctimas, entre ellos, a la Oficina del Defensor Público para las Víctimas (ODPV), al Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJT), al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), al Fondo Fiduciario para las Víctimas (Fondo Fiduciario), al representante legal de las víctimas V01 y al grupo de Mujeres con Iniciativa, entre otros.

## **II. Consideraciones de la Sala**

La Sala aborda sus consideraciones y resalta que las reparaciones cumplen dos propósitos principales consagrados en el Estatuto: (I) obligan a los responsables de delitos graves a reparar el daño que han causado a las víctimas y (II) permiten a la Sala garantizar que los delincuentes responderán por sus actos.

De conformidad con los Artículos 64 y 75 ER, la Sala definió los principios y procedimientos aplicables a la reparación de víctimas. En consecuencia, el análisis estuvo fundamentado al unísono normativo del Artículo 21 (1) (a, b, c) y 3 ER. Además, la Corte tuvo en cuenta los tratados y principios del Derecho Internacional y Derecho Internacional Humanitario. Con todo, la Sala fue enfática al circunscribir el ámbito de aplicación de los principios y procedimientos de reparación a las circunstancias del presente caso, de tal forma que la decisión no tiene por objeto afectar los derechos de las víctimas a la reparación en otros casos similares. En este sentido, la Sala dividió sus consideraciones en dos temas: principios sobre la reparación (A) y procedimientos para la reparación (B).

### **A. Principios sobre la reparación**

1. El principio de dignidad, no discriminación y no estigmatización de las víctimas es el punto inicial de las consideraciones de la Corte. Este principio indica que todas las víctimas han de ser tratadas con justicia e igualdad en materia de reparación, con independencia de su participación en los procedimientos judiciales.

2. De conformidad con el Artículo 85 de las Reglas, la Corte analiza el principio de los beneficiarios de las reparaciones, el cual indica el criterio de selección de los sujetos amparados por las reparaciones:
  - a. Las víctimas directas e indirectas<sup>3</sup>, incluidos los familiares de las víctimas directas.
  - b. Cualquier persona que haya tratado de impedir la comisión de uno o más delitos objeto de examen.
  - c. Toda persona que haya sufrido daños personales como resultado de estos delitos, con independencia de su participación en las actuaciones judiciales.
  - d. Personas jurídicas.
3. La Corte expone el principio de accesibilidad y consulta de víctimas, cuyo fundamento es el concepto de paridad e igualdad de género, esencial para la estructuración de programas de reparación. De esta forma, la Corte resalta el carácter voluntario del proceso y el consentimiento informado del receptor como requisito *sine qua non* para cualquier concesión.
4. En lo que respecta a la reparación de grupos especiales de víctimas —por ejemplo, víctimas de violencia sexual, de violencia de género y menores de edad— la Corte admite la implementación de programas, beneficios y normativas especiales. Así mismo en reparaciones concernientes a los niños, la Corte debe guiarse, entre otras cosas, por la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio fundamental de interés superior del niño que en ella se consagra, elaborando procedimientos y reparaciones que garanticen el desarrollo personal de la víctima, sus habilidades y talentos.
5. De conformidad con el artículo 97 (1) de las Reglas, la Corte desarrolla el principio del ámbito de aplicación de las reparaciones, en donde ha expuesto que su concesión será otorgada tanto para individuos como para grupos de personas que acrediten el daño sufrido. En este sentido, la Sala señala que las reparaciones individuales y colectivas no son mutuamente excluyentes; por el contrario, podrán ser otorgadas de manera paralela. De esta forma, la concesión de reparaciones individuales no solo se dirige al beneficio de determinado sujeto, sino que además ha de evitar la creación de tensiones y divisiones dentro de las comunidades pertinentes. Así, cuando se otorguen reparaciones colectivas, estas deberán abordar el daño infligido a las víctimas en forma individual y colectiva. En esta línea de argumentación, la Corte se dispone a enseñar las diferentes

3 La Corte condiciona la calidad de “víctima indirecta” a la existencia de una estrecha relación personal entre la víctima directa e indirecta.

modalidades de reparaciones, de conformidad con el artículo 75 ER, aunque aclara que no es una lista taxativa.

- a. Restitución. En la medida de lo posible, esta modalidad busca restablecer a la víctima a su estado original, es decir, previo a la comisión del crimen. Sin embargo, afirma la Corte, que con frecuencia esta modalidad será inaplicable tratándose de reparar a víctimas menores de 15 años. La restitución se dirige entonces a la restauración de la vida de un individuo, incluyendo un retorno a su familia, su domicilio y el empleo anterior, suministro de educación y restitución de los bienes perdidos o robados.
  - b. Compensación. Es una forma de alivio económico que tiene por objeto abordar, de manera proporcionada y adecuada, el daño que se ha causado. La aplicación de esta modalidad está condicionada a la observancia de los siguientes requisitos: i) debe ser un daño económico cuantificable; ii) la medida debe ser apropiada y proporcionada según la gravedad del crimen y las circunstancias del caso y iii) la existencia de recursos económicos factibles.
  - c. Rehabilitación. La Corte señala que esta modalidad de reparación debe incluir asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y social para mitigar los traumas causados. Así mismo la corte presta especial atención a la rehabilitación de niños víctimas del reclutamiento, sobre quienes deben existir medidas dirigidas a facilitar su reinserción en la sociedad.
  - d. Otras modalidades de reparación. La Corte tiene derecho a instituir otras formas de reparación, tales como: i) el establecimiento de campañas diseñadas a mejorar la situación social de las víctimas y ii) la creación de programas educativos destinados a reducir la estigmatización y la marginación de las víctimas de los crímenes actuales.
6. Siguiendo con sus consideraciones, la Corte señala el principio de que todas las víctimas deben recibir una reparación apropiada, adecuada y pronta. De esta forma, las reparaciones deben propender por la reconciliación de las víctimas con sus familias y comunidades. Como elemento de este principio, la Corte resalta que, en la medida de lo posible, las reparaciones deben reflejar las prácticas culturales y tradicionales de las comunidades toda vez que no sean prácticas discriminatorias, exclusivas o que denieguen el igual acceso a los derechos de las víctimas.
7. El principio de causalidad señalado por la Corte define el criterio de “daño” (*damage, loss and injury*) que debe ser tenido en cuenta para la concesión de las reparaciones. En el caso *sub judice*, el daño debe ser el resultado de los crímenes de guerra de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años y

su utilización para participar activamente en las hostilidades. Empero, la Corte aclara que las reparaciones no deben limitarse a los daños “directos” o a los “efectos inmediatos” del anterior crimen; por el contrario, debe ser aplicado el criterio de “causa próxima”.

8. Respecto al principio de la carga de la prueba que debe ser analizado en esta parte del proceso, la Corte menciona que su análisis es menos exigente al que se realiza en la etapa de juicio. Así, para determinar el criterio apropiado de la carga de la prueba en estas instancias, la Corte ha de seguir una interpretación acorde con el criterio de “equilibrio de probabilidades”; esto en razón a que es un criterio suficiente y proporcional para establecer los hechos relevantes para una orden de reparación.

De la misma forma, la Corte observa dentro del proceso de reparación de las víctimas el principio de los derechos de la defensa, bajo el cual ninguno de los procedimientos o principios ya mencionados puede perjudicar los derechos de la persona condenada a un debido proceso.

## **B. Procedimiento sobre la reparación**

Los procedimientos que deben ser aplicados en las reparaciones constituyen elementos integrales del proceso; las víctimas, en consecuencia, forman parte esencial de dichos procedimientos, a diferencia de lo que ocurre en la etapa de juicio oral. De conformidad con el Artículo 64 (2) y 3(a) ER, la Sala afirma que el encargado de la supervisión y monitoreo del proceso de reparación es la propia Sala.

Así mismo, la Sala recomienda la conformación de un equipo multidisciplinario de expertos para asistir a la Corte en diversos temas: a) la evaluación de los daños sufridos por las víctimas de este caso; b) el efecto que el crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades tuvieron en sus familias y comunidades; c) la selección de la forma más adecuada de reparación en estrecha consulta con las víctimas y sus comunidades; d) la identificación de individuos, organismos, grupos o comunidades que deben beneficiarse de las reparaciones, y e) el acceso a los recursos económicos para estos propósitos.

La Sala menciona que como el condenado, Thomas Lubanga Dyilo, ha sido declarado sin activos o bienes, solo será capaz de contribuir a reparaciones no monetarias. Así, cualquier reparación simbólica de su parte será posible con su acuerdo previo. Por consiguiente, estas medidas no formarán parte de ninguna orden de la Corte.

Por último, la Sala admite la posibilidad de que se hagan reparaciones económicas por medio del Fondo Fiduciario para las víctimas.

## ***Decisión de la sala de cuestiones preliminares I sobre la participación de las víctimas en la audiencia de confirmación de cargos, 29 de octubre de 2010<sup>4</sup>***

### **Situación en Darfur, Sudan en el caso del fiscal contra Abadllah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus**

En este caso *sub judice*, la Sala de Cuestiones Preliminares I no aceptó la participación de siete víctimas, segmentadas en dos grupos. El primer grupo, conformado por tres de ellas, fue rechazado debido a que no se acreditó el vínculo causal entre el daño sufrido y el crimen. Respecto al segundo grupo, conformado por cuatro personas, la Sala solo consideró pertinente aceptar el daño psicológico alegado. Sin embargo, en ningún momento aceptó daños materiales, a causa de su tenue nexo causal con relación al caso.

## ***Decisión de la Sala de Juicio V sobre la representación y participación de las víctimas, 3 de octubre de 2012<sup>5</sup>***

### **Situación en la República de Kenia en el caso del fiscal contra Mathaura y Kenyatta**

En este caso, la Sala de Juicio V consideró que la participación de las víctimas no debía darse en un único momento procesal; por el contrario, debe considerarse su participación en cualquier estado del proceso. Sin embargo, aclara la Sala que las intervenciones de las víctimas se analizarían caso por caso, teniendo en cuenta los

4 ICC-02/05-03/09. Corte Penal Internacional. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la participación de las víctimas en la audiencia de confirmación de cargos del 29 de octubre de 2010. Situación en Darfur, Sudán en el caso del fiscal contra Abadllah Banda Abaker Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus disponible en: <[http://www.worldcourts.com/icc/eng/decisions/2010.10.29\\_Prosecutor\\_v\\_Banda.pdf](http://www.worldcourts.com/icc/eng/decisions/2010.10.29_Prosecutor_v_Banda.pdf)> [Consulta: 18.8.2013].

5 ICC-01/09-02/11. Corte Penal Internacional. Decisión de la Sala de Juicio V sobre la representación y participación de las víctimas del 3 de octubre de 2012. Situación en la república de Kenia en el caso del fiscal contra Mathaura y Kenyatta. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1479387.PDF>> [Consulta: 18.8.2013].

derechos del acusado, la necesidad de asegurar procedimientos eficaces y rápidos y los intereses de las víctimas.

De igual forma, la Sala determina que las víctimas no deben ser consideradas como partes procesales y resalta el límite de su participación hasta donde los derechos del acusado se ven vulnerados.

Recuerda las modalidades de participación de las víctimas —en forma directa o por medio de representante— conforme a las Reglas 89 y 91 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte, como desarrollo del Artículo 68 (3) del Estatuto de Roma, pero aclara que el procedimiento será diferente cuando: (i) las víctimas presentan sus puntos de vista y preocupaciones individualmente, compareciendo ante la Sala. En este supuesto, se deben guiar por procedimiento definido en el Artículo 89 del Reglamento y (ii) las víctimas participan sin comparecer ante la Sala. En este supuesto, presentarán sus opiniones y preocupaciones por medio de un representante legal común, sin tener que pasar por el procedimiento señalado en la Regla 89.

## **B. Decisión relacionada con la admisibilidad del caso**

### ***Decisión de la sala de cuestiones preliminares I sobre la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam y Abdullah Al Senussi, 31 de mayo de 2013<sup>1</sup>***

#### **Situación de Libia en el caso del fiscal contra Saif Al-Islam y Abdullah Al Senussi**

Nicolás López Guerrero\*

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional rechaza el desafío a la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam Gaddafi.

El 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU) expidió la Resolución 1970, mediante la cual remitió al fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) la situación de Libia, que comprende hechos ocurridos desde el 15 hasta el 28 de febrero de 2011, con ocasión del régimen de Muammar Gaddafi y la alzada de la oposición en ese Estado.

La Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I o la Sala) emitió el 27 de junio de 2011 una orden de detención contra Saif Al-Islam Gaddafi (en adelante Gaddafi), al encontrar motivos razonables para creer que, bajo el Artículo 25.3 (a) del Estatuto de Roma (ER), es penalmente responsable por la comisión de asesinato y persecución como crímenes de lesa humanidad en territorio libio. El 1 de mayo de 2012, Libia impugnó la admisibilidad del caso en contra de Gaddafi y solicitó que se pospusiera la ejecución de la orden de detención, conforme al Artículo 95 ER. El sustento de la impugnación fue la presunta actividad y operatividad del sistema judicial libio, que tornaría inadmisibile el caso. Esto, porque al estar cumpliendo con su deber de investigar y juzgar las conductas criminales, operaría el principio de complementariedad, de conformidad con el Artículo 17 ER.

En su Decisión del 31 de mayo de 2013, la SCP I se encargó de examinar el desafío propuesto por Libia, atendiendo a los alegatos escritos y orales presentados por

\* Estudiante de octavo semestre de la facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

1 ICC-01/11-01/11. Corte Penal internacional. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam y Abdullah Al Senussi, 31 de mayo de 2013. Situación de Libia en el caso del fiscal contra Saif Al-Islam y Abdullah Al Senussi. Disponible en: [www.icc-cpi.int/iccdocs/docs/doc/doc1599307.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/docs/doc/doc1599307.pdf) [18/11/13].

el Estado, la Oficina Pública de los abogados de la Defensa, la Fiscalía y la Oficina del Asesor Público para las Víctimas (OPCV).

Tras hacer una síntesis de las actuaciones procesales, la Sala, con el fin de evaluar el fondo de la impugnación, se ocupó del estándar y carga de la prueba y del tipo de evidencia necesaria para tomar esta decisión (I). Posteriormente analizó el caso bajo investigación o juzgamiento en Libia (II) y terminó evaluando si existía o no disposición o capacidad del Estado libio para investigar y juzgar, conforme al Artículo 17 ER (III).

## I. Estándar y carga de la prueba y tipo de evidencia

Con base en lo dispuesto por la Sala de Apelaciones de la CPI<sup>2</sup>, la SCP I concluyó que la carga de la prueba para controvertir la admisibilidad de un caso gravita en el Estado, el cual debe demostrar la existencia de una investigación en curso y su capacidad o disposición para llevarla a cabo.

En cuanto al estándar de prueba, la SCP I advirtió la inexistencia de un estándar para la etapa en la que se determina la admisibilidad de un caso. Ante esta ausencia, se guió por la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones, en “el sentido de que el Estado debe proveer a la Corte con evidencia de un grado suficiente de especificidad y valor probatorio que demuestre que de verdad está investigando el caso”<sup>3</sup>.

Sobre el tipo de evidencia requerido para soportar una impugnación a la admisibilidad, nuevamente la SCP I se apoya en la decisión de la Sala de Apelaciones ya citada, afirmando que, para demostrar que una investigación está en progreso, se puede acudir a interrogatorios de testigos, de sospechosos, a pruebas documentales y a exámenes forenses. Asimismo, recordó la necesidad de que el Estado provea evidencia concreta, tangible y pertinente de que se están adelantando investigaciones adecuadas y de que se están concibiendo las medidas apropiadas para desarrollar los procedimientos.

## II. El caso bajo investigación o juzgamiento

La SCP I acogió la posición de la Sala de Apelaciones<sup>4</sup> en cuanto al test de dos pasos del Artículo 17 (1) (a) ER, en virtud del cual la SCP debe abordar dos preguntas, al analizar una impugnación a la admisibilidad: (i) ¿Existe una investigación o enjui-

2 Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, *Sentencia de apelación de la República de Kenia contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II del 30 de mayo de 2011*, Decisión sobre la aplicación hecha por el Gobierno de Kenia desafiando la admisibilidad del caso de conformidad con el Artículo 19 (2) (b) del Estatuto de Roma, ICC-01/09-01/11-307 (OA), de 30 de agosto de 2011, p. 62.

3 Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, cit., p. 61.

4 Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, *Sentencia de apelación del señor Germain Katanga contra la Decisión Oral de la Sala de Juicio II del 12 de junio de 2009 sobre la admisibilidad del caso*, ICC-01/04-01/07-1497, de 25 de septiembre de 2009, párr. 1 y 75-79.

ciamiento nacional en curso sobre el caso al momento del procedimiento relativo al desafío a la admisibilidad? y, en caso de respuesta afirmativa, (ii) ¿El Estado es o no incapaz, carece o no de disposición genuina para llevar a cabo dicha investigación o enjuiciamiento?

Para responder a la primera pregunta, la Sala aclaró que “caso”, en los términos del Artículo 17 ER, se caracteriza por dos componentes: la persona y la conducta. En esta medida, para determinar si el caso que se lleva ante la CPI es el mismo bajo investigación o enjuiciamiento dentro del Estado, debe analizarse que sea la misma persona y la misma conducta; de igual forma, acogió lo establecido por la Sala de Apelaciones<sup>5</sup>, que en cuanto a la conducta afirma que debe ser “sustancialmente la misma conducta que fue alegada en los procedimientos ante la Corte”. La SCP I determinó que la anterior consideración debe analizarse de manera individual en cada caso.

Por las circunstancias del caso y observando el principio de complementariedad, la Sala sostuvo que no era apropiado esperar que la investigación en Libia cubriera exactamente los mismos actos de asesinato y persecución mencionados en la Decisión del Artículo 58, al constituir instancias del curso de conducta realizado por Gaddafi. En razón de lo anterior, optó por estudiar si la investigación nacional se dirigía a la misma conducta contenida en la orden de detención y en la Decisión del Artículo 58, esto es, a usar su control sobre una porción del aparato estatal libio y de las Fuerzas de Seguridad para detener y reprimir las demostraciones de los civiles opositores al régimen.

La SCP I refirió que la evaluación de los procedimientos internos debe enfocarse en la conducta alegada y no en su caracterización legal. El Artículo 20 (3) ER no requiere la misma caracterización legal del crimen para satisfacer el principio *ne bis in ídem*, es decir, junto al hecho de que el ER no distingue entre crímenes ordinarios e internacionales, la falta de legislación interna sobre crímenes internacionales no implica *per se* la admisibilidad del caso ante la CPI.

Desde esta perspectiva, la SCP I analizó la evidencia presentada por Libia para determinar si al momento de los procedimientos ante la CPI existía una investigación o enjuiciamiento en curso. Para ello, la Sala condujo el examen de las pruebas, de manera que pudiera determinar: (i) si la legislación libia recoge con suficiencia la misma conducta por la cual el sospechoso es acusado ante la CPI; (ii) si en el ámbito nacional se está llevando o no una investigación en contra de Gaddafi por la misma conducta alegada ante la CPI.

5 Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, *Sentencia de apelación de la República de Kenia*, cit., p. 39.

Con respecto al primer punto, la Sala reiteró que no hay requisito en el ER para que la investigación nacional apunte a la persecución de crímenes internacionales mientras cubra la misma conducta.

En cuanto a lo segundo, observó que de conformidad con la legislación libia los múltiples cargos imputables a Gaddafi no cubren todos los aspectos de las ofensas traídas a la luz del ER, porque, verbigracia, algunos delitos locales exigen un sujeto activo calificado que no es claro a la hora de atribuírsele a Gaddafi<sup>6</sup>. De esta manera, después de haber analizado documentos, resúmenes de testimonios, declaraciones de testigos e interceptaciones, la Sala determinó que, si bien existían pruebas que daban cuenta de una serie de pasos dirigida a determinar la responsabilidad penal de Gaddafi y de la existencia de una investigación nacional en curso, no se convenció de que la evidencia presentada demostrara con suficiencia que Libia está investigando el mismo caso de la CPI.

### **III. Disposición o capacidad del Estado libio para investigar o juzgar**

Para responder la segunda pregunta del test del Artículo 17 ER, la SCP I indicó que, una vez establecida la falta de capacidad de Libia para adelantar una investigación o enjuiciamiento contra Gaddafi, no era necesario revisar la posible falta de disposición del Estado.

La SCP I estableció que el estudio de la capacidad del Estado de llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento genuinos debe darse en el contexto del sistema y procedimientos nacionales relevantes. La Sala identificó que, a pesar de los logros alcanzados en el restablecimiento del sistema de justicia penal, persisten algunos desafíos y dificultades en el ejercicio de la función judicial a lo largo del territorio.

En los términos del Artículo 17 (3) ER, el sistema judicial libio presenta falta de capacidad, al no poder hacer comparecer al acusado y no poder obtener testimonios y, en general, por “no estar en condiciones” de llevar a cabo los procedimientos en contra de Gaddafi conforme a las leyes nacionales.

Respecto a lo primero, la SCP I encuentra que, hasta el momento, Libia no ha podido asegurar el traslado de Gaddafi de su lugar de detención bajo la custodia de la milicia de Zintan a la custodia de las autoridades estatales. En cuanto a lo segundo, la SCP I encuentra que la imposibilidad de obtener los testimonios necesarios se deriva de la incapacidad de las autoridades judiciales y gubernamentales para controlar y proporcionar un esquema de protección adecuada a los testigos.

6 Corte Penal Internacional, *Sentencia de apelación de la República de Kenia*, cit., párr. 109.

Con relación al tercer punto, la Sala encontró que Gaddafi no contaba con representación legal frente a los procesos internos, lo cual es un impedimento para que estos se adelanten. La SCP I declaró que no era suficiente con que se articularan esfuerzos en el Ministerio de Justicia de Libia para contactar abogados, si la representación legal no se estaba adelantando concretamente a favor del acusado. En esta medida, afirma la Sala, Libia no logró demostrar si se superarían o no estas dificultades y cómo lo haría.

La SCP I concluye que, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas, no se demostró que las investigaciones en Libia y la CPI cubrieran la misma conducta y que existe una falta de capacidad por parte del Estado libio para adelantar una investigación o enjuiciamiento en contra de Gaddafi. Así, rechazó la impugnación de admisibilidad, declaró el caso admisible ante la CPI y recordó a Libia su obligación de entregar a Gaddafi ante la Corte Penal Internacional.

Esta Sala no efectuó análisis alguno sobre el criterio de gravedad del asunto como componente del estudio sobre admisibilidad de un caso.

## IV. Referencias

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Sentencia de apelación de la República de Kenia contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II del 30 de mayo de 2011*, Decisión sobre la aplicación hecha por el Gobierno de Kenia desafiando la admisibilidad del caso de conformidad con el Artículo 19 (2) (b) del Estatuto de Roma, ICC-01/09-01/11-307 (OA), de 30 de agosto de 2011.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Sentencia de apelación del señor Germain Katanga contra la Decisión Oral de la Sala de Juicio II del 12 de junio de 2009 sobre la admisibilidad del caso*, ICC-01/04-01/07-1497, de 25 de septiembre de 2009.

## **C. Decisiones relativas a las modalidades de responsabilidad en el Estatuto de Roma y a la aplicación de la norma 55 del reglamento de la Corte Penal Internacional sobre separación de cargos.**

### ***Decisión de la Sala de Primera Instancia II de conformidad con el Artículo 74 del Estatuto de Roma, 18 de diciembre de 2012<sup>1</sup>.***

#### **Situación en la República Democrática del Congo en el caso del fiscal contra Mathieu Ngudjolo Chui**

Nicolás Sarmiento Santos\*

En el caso de la Fiscalía contra Mathieu Ngudjolo, la Sala de Primera Instancia II (la Sala) de la Corte Penal Internacional (la Corte o CPI) profiere sentencia de conformidad con el Artículo 74 del Estatuto de Roma (ER). La Sala debe determinar si es posible endilgarle responsabilidad penal como coautor mediano a Mathieu Ngudjolo Chui por los crímenes cometidos el 24 de febrero de 2003 en la aldea de Bogoro (República Democrática del Congo, RDC) con fundamento en el acervo probatorio aportado durante todo el proceso.

La solución de estudio que plantea la Sala inicia a partir del análisis del trasfondo procesal y cargos del caso (I), continúa con los criterios de evaluación de la evidencia aportada durante el proceso (II) y finaliza con el análisis y las conclusiones de la Sala (III).

### **I. Tránsito procesal y cargos del caso**

La Sala de Primera Instancia II señala el marco procedimental y el contexto en el cual se produjeron los hechos materia de litis.

El 6 de julio de 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) dictó una orden de arresto contra Mathieu Ngudjolo Chui. Por unanimidad, el 26 de sep-

\* Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

1 ICC-01/04-02/12. Corte Penal Internacional. Decisión de la Sala de Primera Instancia II en relación con el artículo 74 del Estatuto de Roma del 18 de diciembre de 2012. Situación de la República Democrática del Congo en el caso del fiscal contra Mathieu Ngudjolo. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1447971.pdf>> [Consulta 18.08.2013].

tiembre de 2008 la misma Sala decidió confirmar cargos, al encontrar que había evidencia suficiente para establecer que existían motivos fundados para creer que Mathieu Ngudjolo y Germain Katanga eran responsables en el ámbito penal bajo la modalidad de coautoría mediata<sup>2</sup> de los crímenes de guerra<sup>3</sup> y de lesa humanidad<sup>4</sup>, presuntamente cometidos por los integrantes de los grupos militares del Front National Intégrationniste (FNI) y de las Forces de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI), durante el ataque del 24 de febrero de 2003 en la aldea de Bogoro (RDC).

En cuanto al alcance temporal y material de la decisión que tomara la Sala recuerda que los cargos solo incluyen los crímenes cometidos el 24 de febrero de 2003 o cuya comisión inició ese día. Asimismo, afirma que, conforme al Artículo 74.2 ER, “la decisión de la Sala no debe exceder los hechos y circunstancias descritos en los cargos ni en sus modificaciones”.

El 21 de noviembre de 2012, la Sala de Primera Instancia II emitió la decisión relativa a la implementación de la Norma 55 del Reglamento de la Corte, por medio de la cual separa los cargos en contra de los acusados Ngudjolo y Katanga, al igual, que establece que adoptaría la decisión del Artículo 74 ER respecto a Ngudjolo.

## II. Criterios de evaluación de la evidencia

La Sala afirma que el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” debe aplicarse para determinar los hechos que conforman los elementos del crimen, el modo de responsabilidad que se imputa a los acusados y los hechos indispensables para determinar una condena.

En cuanto a la determinación de la admisibilidad de un elemento de prueba dentro del proceso, la Sala recuerda el enfoque tripartito que debe aplicarse: examinar la relevancia del elemento de prueba, apreciar su valor probatorio y sopesar su valor probatorio frente a cualquier daño que pueda resultar de su admisión<sup>5</sup>.

Respecto al método de apreciación de la evidencia en relación con lo dispuesto en el Artículo 74.2 ER, la Sala recuerda que su decisión solo puede basarse en la evidencia “presentada y examinada” frente a la Sala en el juicio. Esto incluye no solo la examinada durante las audiencias, sino la examinada como parte de los argumentos escritos de las partes y participantes en cualquier etapa del juicio.

2 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Estatuto de la Corte Penal*, ICC-01/04-02/12, 18 de diciembre de 2012, Art. 25.3 (a).

3 Id., Art. 8 (2) (a) (i); Art. 8 (2) (b) (i); Art. 8 (2) (b) (xiii); Art. 8 (2) (b) (xvi); Art. 8 (2) (b) (xxxvi); Art. 8 (2) (b) (xxii) (esclavitud sexual y violación. Decisión mayoritaria con el voto disidente de la juez Ušacka), del Estatuto de Roma.

4 Id., Art. 7 (1) (a); Art. 7 (1) (g) (esclavitud sexual y violación. Decisión mayoritaria con el voto disidente de la juez Ušacka), del Estatuto de Roma.

5 La Sala cita la Decisión sobre la Admisión de la evidencia, pie de página 75.

Con relación a la apreciación de los testimonios orales, la Sala toma en consideración las circunstancias individuales de cada persona, incluyendo su relación con el acusado, su edad, vulnerabilidad, cualquier participación en los hechos objeto de examen, el riesgo de autoincriminación, el posible sesgo a favor o en contra del acusado y los motivos para decir la verdad o presentar falso testimonio. Por otra parte, la Sala considera que los testimonios de oídas no deben ser descartados *ab initio*; por el contrario, su valor probatorio debe apreciarse conforme al contexto y a las condiciones en las que esa evidencia fue obtenida y teniendo en cuenta la imposibilidad de corroborar la información con la fuente directa.

Para la apreciación de las pruebas documentales, la Sala considera el contenido del documento, su procedencia y su autor (si se conoce), así como su rol en los acontecimientos relevantes y la cadena de custodia desde el momento de la creación del documento hasta su presentación ante la Sala.

Del mismo modo, la Sala ha tomado en consideración diversos criterios para evaluar los testimonios de peritos, tales como la competencia del experto en su campo de conocimiento, la metodología utilizada, la coherencia entre la evidencia aportada por el perito y las demás pruebas dentro del caso (principio de unidad de la prueba) y, por último, la confiabilidad general de las pruebas aportadas por el perito<sup>6</sup>.

En relación con los testimonios de los acusados, según los lineamientos del Artículo 74.2 ER, la Sala solo considera las declaraciones hechas por estos, como parte del expediente del caso, cuando se realizan bajo juramento.

De conformidad con los Artículos 64 y 69 del ER y la Regla 132 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala realizó una visita judicial *in situ* en la República Democrática del Congo, acompañada por representantes de las partes y participantes, pero no por los acusados. El objetivo de la visita judicial, además de obtener un mayor entendimiento del contexto en el que ocurrieron los hechos bajo estudio, es permitir a la Sala hacer las verificaciones *in situ* requeridas y “evaluar el ambiente y la geografía de los lugares referidos por los testigos y el acusado”.

Respecto a la apreciación de pruebas circunstanciales, la Sala señala que no existe provisión alguna dentro del ER que prohíba a la Sala apoyarse en dicho tipo de prueba.

En cuanto a la corroboración, la Sala recuerda que, de conformidad con la Regla 63.4 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala “no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual”. En este sentido, la Sala afirma que para

6 CORTE PENAL INTERNACIONAL, cit., párr. 60. La Sala considera que la evidencia científica debe ser objetiva, aunque el testimonio haya sido solicitado a petición de las partes o de oficio por la Corte de conformidad con la regla 44 del Reglamento de la Corte.

determinar si un elemento probatorio, individualmente considerado, es suficiente para probar un hecho, dependerá en exclusiva de la situación en cuestión y la fuerza de la evidencia, lo cual deberá analizarse caso a caso.

### III. Análisis y conclusiones de la Sala

La Sala comienza su análisis a partir de la descripción del marco fáctico de los eventos que ocurrieron el 24 de febrero de 2003 en la aldea Bogoro, ubicada en el distrito de Ituri<sup>7</sup>, al nordeste de la República Democrática del Congo, donde es posible identificar dos grupos étnicos: lendu<sup>8</sup> (conformado por los grupo lendu del territorio de Djugu y el grupo ngiti de la *collectivité* de Walendu-Bindi) y los hema.

En vista de lo anterior, la Sala ha señalado que el ataque contra la aldea de Bogoro comenzó alrededor de las 5:00 a. m. del 24 de febrero de 2003. Los atacantes —algunos, menores de edad— llegaron desde varias direcciones por carreteras y caminos de localidades habitadas en su mayoría por ngiti y lendu. Sobre la base de diversos testimonios<sup>9</sup>, se puede afirmar que fueron combatientes ngiti de la *collectivité* de Walendu-Bindi y combatientes lendu del *groupement* de Bedu-Ezekere los que perpetraron el ataque contra los integrantes de la Unión Patriótica de Congo-leños (UPC<sup>10</sup>) y miembros civiles de la etnia hema asentados en dicha aldea y cometieron asesinatos, violaciones, secuestros, saqueos y destrucción de propiedad pública y privada.

En consecuencia, la Sala en esta instancia debe analizar si al momento de los hechos Mathieu Ngudjolo se desempeñaba como comandante en jefe de la milicia lendu de Bedu-Ezekere y no como jefe del grupo FNI, como argumentó la Fiscalía en la etapa preliminar del proceso<sup>11</sup>. Al respecto, la Sala descarta de antemano los alegatos de la defensa que abogan sobre el impedimento del acusado para participar en el ataque, debido a su condición de enfermero. Asimismo, la Sala considera necesario resaltar que el acusado sí era un miembro de la milicia de Bedu-Ezekere, pero que, según la apreciación de diferentes testimonios<sup>12</sup>, no es posible endilgarle una posición de comandante en jefe de la milicia.

7 La RDC se divide en unidades administrativas designadas como provincias, distritos, territorio, *collectivités*, *groupements* y localidades.

8 La Sala hace hincapié en que, si bien se utiliza el término “lendu de Bedu-Ezekere” para referirse a los combatientes de ese *groupement*, esta denominación geográfica no corresponde a las fronteras territoriales reales de un subgrupo étnico.

9 Testigos P-323, P-268, V-4, V-2.

10 Union des Patriotes Congolais (UPC).

11 La Sala reconoce que en sus alegatos el fiscal trata de modificar los cargos imputados por la SCP I. Sin embargo, según la Sala, tal enmienda no excede los hechos del caso, pues ambos grupos (FNI y lendu) comparten idénticas características como organizaciones militares.

12 Testigos P-250, P-279, P-280, P-28, P-219.

En relación con los hallazgos fácticos sobre la participación de niños soldados en el grupo militar de Bedu-Ezekere, la Sala no encontró credibilidad en pruebas testimoniales<sup>13</sup>; por el contrario, encontró testimonios parcializados y confusos y, por ende, dedujo que no es posible admitir la participación de menores de edad en el conflicto, previa a la fecha de los hechos.

En conclusión, la Sala consideró que, del material probatorio aportado durante el proceso, no es posible predicar la responsabilidad de Ngudjolo como coautor mediato por los crímenes cometidos el 24 de febrero de 2003 en la aldea de Bogoro. De igual forma, encontró que la presencia de niños en grupos combatientes en Ituri fue, en el momento de los hechos, un fenómeno generalizado. No existe ninguna evidencia más allá de toda duda razonable de una relación causal entre el acusado y la inclusión de niños en el conflicto armado del 24 de febrero 2003 en la aldea de Bogoro.

En suma, por unanimidad, la Sala declaró a Mathieu Ngudjolo no responsable en relación con el Artículo 25 (3) (a) del ER.

### ***Opinión concurrente de la jueza Cristine van den Wyngaert en relación con la Decisión de la Sala de Primera Instancia II de conformidad con el Artículo 74 del Estatuto de Roma, 18 de diciembre de 2012.***

#### **Situación en la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal contra Mathieu Ngudjolo Chui.**

En esta opinión concurrente, la jueza Cristine Van Den Wyngaert manifiesta su desacuerdo con la teoría de la autoría del dominio funcional del hecho adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I), para interpretar el Artículo 25 (3) (a) del Estatuto en el caso del fiscal contra Mathieu Ngudjolo, pues afirma que esta interpretación es incompatible con los principios de interpretación estricta e *in dubio pro reo*.

La jueza rechaza la interpretación de la SCP I: (i) al reducir el concepto de “plan común” a un elemento meramente objetivo<sup>14</sup> de coautoría, ya que en este escena-

<sup>13</sup> Testigos D03-55, P-12.

<sup>14</sup> La jueza, asimismo, rechaza el elemento objetivo del plan común, pues el Estatuto no contiene una forma de responsabilidad penal que señale que el crimen pueda ocurrir como consecuencia de que una conducta personal o colectiva esté basada en una mera aceptación de un riesgo.

rio solo se tiene en cuenta la contribución del coautor a la ejecución del plan y no —como debería ser— la existencia de una verdadera coordinación de acciones voluntarias encaminadas a cumplir el plan (elemento subjetivo); (ii) al establecer el requisito de la contribución “esencial” al plan común como *conditio sine qua non* del Artículo 25.3 (a), debido a que dicho requisito no encuentra sustento en el Estatuto y obligaría a la Sala a participar en ejercicios especulativos sobre la ocurrencia del crimen. Por el contrario, la jueza estima correcto el requisito de contribución “directa” en la realización material de los elementos del crimen; (iii) al hacer una equivalencia entre la comisión de un crimen por medio de otra persona con la comisión de un crimen mediante control de una organización (*organisationsherrschaft*), bajo dos criterios: de un lado, los Estados parte del Estatuto no se refieren a la palabra “persona” en el sentido de “organización”, lo cual viola el Artículo 22 (2) ER; de otro, el concepto de “comisión de un crimen a través de otra persona” requiere mayor influencia y control sobre la conducta del autor directo, en comparación al actuar por medio de una organización; (iv) al incluir dentro de las alternativas derivadas del Artículo 25 (3) (a), la “coautoría mediata”, porque esta expansión a un nuevo modo de atribución de responsabilidad no tiene sustento jurídico en el Estatuto de Roma.

***Decisión de la Sala de Primera Instancia II  
relativa a la aplicación de la Norma 55 del  
Reglamento de la Corte y de la separación de los  
cargos contra los acusados, 21 de noviembre de  
2012.***

**Situación en la República Democrática del Congo en el caso  
del Fiscal contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo<sup>15</sup>.**

En el caso del fiscal contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo, la Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional profiere decisión relativa a la aplicación de la Norma 55 del Reglamento de la Corte y de la separación de los

15 ICC-01/04-01/07. Corte Penal Internacional. Decisión relativa a la aplicación de la norma 55 del reglamento de la Corte y de la separación de los cargos contra los acusados de 21 de noviembre de 2012. Situación en la República Democrática del Congo, en el caso del fiscal contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1529337.pdf>> [Consulta 18.08.2013].

cargos contra los acusados. Al analizar las pruebas en contra del acusado Germain Katanga y su modalidad de responsabilidad, la Sala se enfrenta a la cuestión de si la Norma 55 del Reglamento de la Corte Penal Internacional es compatible con los derechos del acusado a un debido proceso.

Para responder a este interrogante, la Sala inicia evidenciando que dicha Norma le permite hacer una variación de la calificación jurídica de los modos de participación. La Sala considera que Germain Katanga “contribuyó en otro modo” a la comisión de los crímenes del 24 de febrero de 2003 en la aldea de Bogoro, cometidos por el grupo ngiti de la *collectivite* Walendu-Bindi. En la recalificación se considera, además, que la contribución del acusado había sido intencional y con conocimiento del propósito del grupo de cometer los crímenes. En esta medida, en aplicación de la Norma 55, la Sala varía el modo de responsabilidad del señor Katanga de coautoría mediata<sup>16</sup> a contribución “de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común” del Artículo 25.3 (d) del Estatuto de Roma.

La Sala considera que la aplicación de la Norma 55 no implica vulneración al debido proceso, siempre y cuando se cumpla con los siguientes presupuestos:

1. Artículo 74 (2) del Estatuto. La modificación de la calificación jurídica de los hechos no podrá exceder de los hechos y las circunstancias descritas en los cargos.
2. La Sala podrá modificar la calificación jurídica de los hechos en cualquier momento durante el juicio, siempre que se garanticen los derechos de defensa y de interrogar, convocar nuevos testigos o presentar pruebas admisibles conforme a la Norma 55 (3) del Reglamento de la Corte Penal Internacional.
3. La modificación debe estar fundamentada en el análisis de todo el material probatorio aportado al proceso.
4. Se debe notificar al acusado de la modificación en la calificación jurídica de los hechos que se le imputaron al inicio.
5. La variación en la calificación jurídica de los hechos no conduce necesariamente a una demora indebida, lo cual debe analizarse caso a caso.

Por último, la Sala considera que la aplicación de la Norma 55 solo se debe considerar en relación con el acusado Germain Katanga, lo que conlleva a la Sala a ordenar, por unanimidad y de conformidad con el Artículo 64.5 del Estatuto, que los cargos contra Mathieu Ndjolo sean separados.

16 Corte Penal Internacional, “Situación en la República Democrática del Congo en el caso del fiscal contra Mathieu Ndjolo”, (ICC-01/04-01/07), 21 de noviembre, Art. 25.3 (a).

## ***Decisión de la Sala de Juicio sobre la impugnación que hace la Defensa de la competencia y legalidad del Tribunal Especial para Líbano***

**En el caso del fiscal contra Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra, 27 de julio de 2012<sup>1</sup>.**

Nicolás López Guerrero\*

El Tribunal Especial para Líbano rechazó las excepciones preliminares de la Defensa, al encontrar que el Tribunal fue instaurado por la Resolución 1757 de 2007 del Consejo de Seguridad (CS) y que no puede entrar a revisar judicialmente las acciones tomadas por el Consejo de Seguridad al establecer el Tribunal.

El 30 de mayo de 2007, el CS profirió la Resolución 1757, con la que se instituyó el Tribunal Especial para Líbano (TEL o el Tribunal). La situación que impulsó la creación de este Tribunal fue la ocurrencia de una explosión en Beirut que provocó la muerte del entonces primer ministro Hariri y otras veintidós personas, en el año 2005.

Dicha Resolución se articuló a manera de conclusión, obtenida de una serie de encuentros y esfuerzos con los que se pretendía investigar los hechos y endilgar responsabilidad a sus autores. La Resolución previó como anexos un borrador de acuerdo y otro documento donde obraba el Estatuto de aquel Tribunal Especial.

Contra la legalidad y competencia del TEL se erigieron cuatro objeciones preliminares, elevadas por la Defensa de los acusados Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine

\* Estudiante de octavo semestre de la facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

1 STL-11-01/PT/TC. Tribunal Especial para Líbano. Decisión de la Sala de Juicio sobre la impugnación que hace la defensa de la competencia y legalidad del Tribunal, 27 de julio de 2012. Caso del fiscal contra SalimJamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissii y Assad Hassan Sabra. Disponible en: <[www.stl-tsl.org/index.php?option=com\\_k2&view=item&task=download&id=1591\\_90fc-237485b3e4c79636bd0da425e46e](http://www.stl-tsl.org/index.php?option=com_k2&view=item&task=download&id=1591_90fc-237485b3e4c79636bd0da425e46e)>[18/11/13].

Badreddine, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra. Las excepciones presentadas por la Defensa, encaminadas todas a atacar el establecimiento del Tribunal, buscaban la terminación del proceso contra estos cuatro acusados sobre la base de la ilegalidad de la instauración del Tribunal por parte del Consejo de Seguridad (I), la violación a la soberanía del Estado libanés (II), la inconstitucionalidad del establecimiento del Tribunal a la luz de la ley libanesa (III) y la presunta violación de los derechos fundamentales de los acusados (IV). Estas cuatro excepciones se sustentaron en argumentos que comprenden cinco temas encaminados a determinar si la Sala de Juicio del TEL debía o no apartarse del conocimiento del caso.

## **I. Fundamento legal de las objeciones y su admisibilidad**

La Sala de Juicio advirtió que las objeciones buscaban enervar y atacar la legalidad de la constitución del Tribunal, por lo que no podían sustentarse como excepciones preliminares de competencia a la luz del Artículo 90 (A)-(E) de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

A la aserción se llega luego de hacer un parangón con lo dispuesto por la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en la Decisión sobre la Excepción propuesta por la Defensa contra la Competencia del TPIY, en el caso contra Tadić del 10 de agosto de 1995. Así, afirma la Sala de Juicio del TEL que no puede adelantarse la contradicción con fundamento en un artículo que permite la introducción de excepciones encaminadas a atacar solo la competencia, cuando lo que se pretendía era objetar la legalidad del Tribunal. A pesar de esto, la Sala determinó la admisibilidad y, por ende, el estudio de las excepciones, tras considerarlas desafíos a la legalidad del TEL.

Al argumentar la Defensa que el Tribunal no había sido establecido por ley, la Sala encuentra que debe determinar, primero, si esto es cierto o no y, segundo, si sus procedimientos cumplen con los procedimientos básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Para contestar estas preguntas, la Sala aborda los cuatro argumentos principales presentados como sustento de las excepciones (II-IV).

## **II. Inconstitucionalidad del establecimiento del Tribunal a la luz de la ley libanesa**

La Defensa sostuvo que se omitió el trámite constitucional de negociación y ratificación para que el acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas (ONU)

y Líbano entrara en vigor y produjera efectos. Se arguyó que el Gobierno libanés nunca auspicó la validez de la Resolución del CS o de su anexo.

La Sala de Juicio afirmó que, si bien el acuerdo constituía solo un borrador, el fundamento legal de constitución del Tribunal es la Resolución 1757 y no el borrador de acuerdo. Dicha Resolución dispuso dos opciones para la creación del TEL: que el acuerdo fuera ratificado por Líbano dentro de los once días siguientes a la expedición de la Resolución o que, frente a la negativa de lo anterior, entraran en vigor las disposiciones del acuerdo y no el acuerdo como tal. En esta medida, concluye la Sala, el Tribunal existe por la Resolución 1757 del CS que autoriza su creación y su anexo contentivo de las disposiciones mencionadas, tornándose inútil buscar vulneraciones al Derecho interno libanés.

### **III. El poder de la Sala de Juicio para revisar**

#### **la Resolución del Consejo de Seguridad**

La Defensa afirmó que el CS había actuado *ultra vires* al instaurar el TEL. De acuerdo con el Estatuto del Tribunal, este no se encuentra facultado para verificar judicialmente las acciones tomadas por el CS o emitir órdenes obligatorias o una declaración que tenga peso legal respecto a las acciones del CS. De esta forma, la Sala de Juicio concluyó que no podía revisar las acciones tomadas por el CS al expedir la Resolución 1757.

### **IV. La violación de la soberanía libanesa a partir de la Resolución 1757**

Para descartar la presunta violación a la soberanía de Líbano, la Sala de Juicio se apartó de lo dispuesto por la Sala de Apelaciones en el caso Tadić<sup>2</sup> y determinó que no existe costumbre internacional en virtud de la cual se conceda vía libre a un individuo para alegar, en su propia defensa, la violación a la soberanía de un Estado, ya que solo este último tiene *locus standi* para tal efecto. La Sala consideró que, aun admitiendo que un individuo tuviera legitimidad para presentar un alegato de este tipo basándose en el derecho a una “defensa completa”<sup>3</sup>, en este caso no hubo violación a la soberanía libanesa, pues no existió imposición unilateral del borrador de acuerdo sino implementación de sus disposiciones como alternativa prevista en la Resolución 1757. Además, el Estado libanés no alegó la violación a su soberanía y, por el contrario, cumplió con las obligaciones derivadas del Anexo de

2 International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, de 2 de octubre de 1995.

3 Regla establecida por la Sala de Apelaciones en International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, cit.

la Resolución, relacionadas con la asignación de jueces, financiamiento y atención a solicitudes de asistencia, entre otras.

## **V. Presunta violación de los derechos fundamentales de los acusados por el establecimiento del Tribunal**

La Defensa alegó violación al derecho del acusado para ser juzgado por un tribunal instituido por ley y la violación a los principios fundamentales de justicia e igualdad, en razón de la competencia limitada del TEL.

Para definir si el Tribunal fue creado por ley, la Sala de Juicio determinó que era necesario examinar cómo se originó y los poderes judiciales asignados al mismo. Para esto, la Sala acudió a la regla fijada por el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso Kallon<sup>4</sup>, en el que se dispuso que:

[...] es norma de Derecho Internacional que para que un tribunal sea establecido por ley, dicho establecimiento debe guardar conformidad con el Estado de Derecho. Esto significa que debe ser establecido de acuerdo con los criterios internacionales adecuados, contar con los mecanismos y facilidades para suministrar justicia equitativa, proveyendo al mismo tiempo todas las garantías de imparcialidad y estar en consonancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>5</sup>.

Para la Sala de Juicio, el TEL fue instaurado por ley al tener como sustento jurídico la Resolución 1757 y sus Anexos (Estatuto, disposiciones del borrador de acuerdo, Reglas de Procedimiento y Prueba). Además, afirmó la Sala, la ONU puede crear órganos judiciales, como ya lo hizo mediante el CS con dos tribunales penales internacionales *ad hoc* y por medio de la Asamblea General, con la creación del Tribunal Arbitral de la ONU y su sucesor.

En segunda medida, la Sala determinó que el procedimiento previsto en el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba del TEL cumple con los estándares reconocidos por las cortes e instituciones que se dedican a la protección de derechos humanos, como son la imparcialidad, independencia, competencia y celeridad del Tribunal, conforme al Artículo 14 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos en su Artículo 6 (1).

La Defensa alegó, como otra violación a los derechos fundamentales de los acusados, el desconocimiento del principio *jus de non evocando*. Según la Defensa, al

<sup>4</sup> Special Tribunal for Lebanon, *Decision on the Defense Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal*, p. 22.

<sup>5</sup> *Ibid.*, traducción propia.

producirse el desplazamiento de la competencia libanesa por parte del TEL, podría aceptarse prueba o información que sería inadmisibles en el Derecho libanés, se desconocería la posibilidad de obtener amnistías o indultos, el TEL no podría proteger los derechos de los acusados y se perdería la seguridad jurídica que ofrece, en mayor medida, el ordenamiento jurídico libanés, entre otras.

Esta argumentación fue rechazada por la Sala, tras afirmar que el Estatuto del Tribunal provee a los acusados con todos los derechos relevantes bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la igualdad de armas, la contradicción y el funcionamiento de la competencia con arreglo a un orden establecido por ley.

Otras violaciones de los derechos de los acusados, como la garantía de juez natural y la no selectividad de la competencia, fueron descartadas por la Sala porque, por un lado, la instauración del Tribunal no implica en sí riesgo de discriminación o inexistencia de juicio imparcial con garantías de justicia y, por otro, la selectividad es una consecuencia inevitable del establecimiento de tribunales internacionales que, al ser resultado de la implementación de una medida del CS, es limitado en su alcance y objeto.

La Sala de Juicio concluyó que el Tribunal fue definido por ley, sin existir violaciones de los derechos garantizados por el DIDH. Esta Sala advirtió que el establecimiento del TEL fue conforme a la ley, al provenir de un órgano que tenía competencia para hacerlo, a saber, el Consejo de Seguridad de la ONU, además de constar en su Estatuto y Reglas una garantía de protección de los derechos fundamentales de los acusados.

## Referencias

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, de 2 de octubre de 1995.

## SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional. En homenaje al profesor Augusto Ramírez Ocampo*, Valencia, Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario, Universidad Sergio Arboleda, Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH), 2013, ISBN: 978-956-346-159-6, 1086 pp.

*Claudia Cárdenas Aravena*

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FUENTES TORRIJO, Ximena (coord.), *Corte Penal Internacional y jurisdicciones estatales. El principio de complementariedad*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 2012, ISBN: 978-956-346-159-6, 266 pp.

*Natalia M. Luterstein*

## Reseñas bibliográficas

OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional. En homenaje al profesor Augusto Ramírez Ocampo*, Valencia, Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario, Universidad Sergio Arboleda, Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH), 2013, ISBN: 978-956-346-159-6, 1086 pp.

Claudia Cárdenas Aravena\*

Esta obra del profesor Héctor Olásulo Alonso toma el desafío de abordar un tema que se encuentra en una etapa particularmente compleja de su evolución en el Derecho Penal Internacional, como es la autoría y la participación criminales. Aparece entonces que, a los méritos que por sí mismo conlleva escribir un tratado, se suma el de poner a disposición del público las fuentes que maneja el autor, así como sus reflexiones sistemáticas acerca de este tema nada pacífico. Además, cabe mencionar como hecho muy positivo para nuestro ámbito lingüístico el que se haya elegido para la primera publicación de esta obra el idioma español, en el que sabemos no es usual que se publique esta clase de obras de Derecho Penal Internacional. Esto último, si bien no llama demasiado la atención siendo el autor de la obra el profesor Olásulo Alonso, quien constantemente ha llevado adelante iniciativas a favor de la discusión y el estudio del Derecho Penal Internacional en idioma español, sí es digno de ser destacado, pues la obra ayuda a romper la barrera idiomática de entrada a esta disciplina para los hispanohablantes que, en muchos casos, dificulta seguir sus discusiones actuales en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Esto es muy relevante, pues el Derecho Penal Internacional ciertamente nos concierne y lo hace tanto por el hecho de que somos parte de la comunidad internacional como porque muchos de nuestros países han sufrido los efectos más o menos recientes de crímenes contra el Derecho Internacional y las subsecuentes dificultades que conlleva, no tanto la prueba de los hechos, como sí la prueba jurídica de la responsabilidad por aquellos crímenes.

La obra parte de una primera aproximación a los problemas de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional (Capítulo 1), en el que el autor llama la atención acerca del carácter masivo —no solo en cuanto a número de víctimas

---

\* Profesora del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogada de la misma Universidad, magíster y doctora en Derecho por la Humboldt-Universität zu Berlin.

sino a número de responsables—, que es característico en la comisión de los crímenes contra el Derecho Internacional, donde los ejecutores materiales suelen ser los de menor jerarquía dentro de la organización, lo que presenta desafíos difíciles para la dogmática penal tradicional sobre autoría y participación y ha llevado al desarrollo de formas de responsabilidad, que en general tienden a derivar de los sistemas nacionales, donde se aplican de preferencia al crimen organizado, como la coautoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder y la empresa criminal común<sup>1</sup>, que buscan dar un tratamiento penal adecuado al injusto de las conductas en las que incurren los dirigentes de las organizaciones dedicadas a la comisión de crímenes.

En el libro se desarrollan a continuación, sucesivamente, temas que han estado en el centro del debate de los últimos años: la distinción entre autoría y participación en el Derecho Penal Internacional (Capítulo 2), las formas de autoría (Capítulos 3, 4 y 5) y las formas de participación (Capítulo 6). Un último capítulo aborda el interesante tema de las omisiones en el Derecho Penal Internacional, integrando decididamente a la responsabilidad del superior dentro de ese tópico. Si bien todo este análisis ya bastaba para que la obra mereciera la denominación de tratado, ello no termina ahí, sino que contiene dos adendas y un epílogo relativos a la situación colombiana, además de dos anexos: uno sobre la aplicación de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder al delito de violación y otro sobre la imprescriptibilidad de la acción penal para los crímenes contra el Derecho Internacional.

A lo largo de la obra se pone a disposición del lector un gran esfuerzo de sistematización del modo en que han venido decidiendo sobre las materias objeto de estudio no solo la Corte Penal Internacional, sino también los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, que han cumplido una labor tan importante en la aplicación del Derecho Penal Internacional. Este inmenso esfuerzo de sistematización puesto a disposición del lector es del todo loable, máxime cuando se trata de materias en las que los criterios jurisprudenciales hasta ahora han mostrado variaciones y todo apunta a que es posible que lo sigan haciendo. Poner entonces toda esa información recopilada a merced del lector, si bien abulta mucho el texto —lo que a primera vista podría hacer algo intimidante la lectura— en definitiva se agradece, pues permite seguir con mayor claridad lo que se plantea sobre cada tema.

También es destacable el hecho de que el profesor Olásolo Alonso no cae en la tentación de dar por conocidos los hechos de los casos decididos por tribunales

1 *Joint criminal enterprise* (usualmente abreviada como JCE) en inglés y que en español se conoce también como empresa criminal conjunta.

internacionales, explicándolos en caso de considerarlos relevantes (pp. 752 y ss. respecto a la masacre de Vukovar o en pp. 818 y ss. respecto a Bemba, por citar solo dos ejemplos), lo que representa un signo de gran deferencia hacia el lector que no esté tan familiarizado con estos temas y, por otra parte, no debiera molestar al lector informado, que puede simplemente saltarse esas explicaciones sin perder por eso el hilo del texto. Otra ventaja es que para relatar los casos se basa en los hechos que han sido establecidos judicialmente.

Los abundantes extractos —tanto de doctrina como de resoluciones judiciales— que se presentan al lector están siempre traducidos al español, lo que se comprende en tanto eso sirve para hacer que el razonamiento que se discute sea fácilmente accesible al lector de habla hispana. Con todo, a ratos se echa de menos que en más ocasiones las expresiones clave de los textos, sobre todo tratándose de resoluciones judiciales, se ofrezcan también en su idioma original. Esto podría ser relevante y útil. Podría ser relevante, pues, como es sabido, alguna terminología jurídica es de difícil traducción conservando el sentido exacto de los términos con los cuales se trabajó. Podría ser además útil, habida cuenta de que el español no ha sido el idioma de trabajo de los tribunales internacionales en estas materias y para el lector de habla hispana resulta significativo familiarizarse, respecto a ciertas expresiones clave, con su tenor literal en el idioma en el que vienen siendo utilizadas por los tribunales. Por cierto, la referencia que se entrega en cada caso permite que cada lector encuentre el original de cada resolución con facilidad en la página web de cada tribunal, en caso de estar interesado en revisar su versión original.

Sea que se comparta o no las conclusiones que nos suele presentar con seguridad el profesor Olásolo Alonso, sus razonamientos son siempre interesantes, por lo que se echan en falta cuando solo se reseña el modo en que los tribunales han decidido alguna materia, sin que el autor tome partido expreso<sup>2</sup>. Resultan más interesantes las ocasiones en las que son la mayoría, en las que el profesor Olásolo Alonso nos presenta sus análisis muchas veces críticos de casos que han conocido o se encuentran conociendo tribunales, como ocurre, por ejemplo, a propósito de la instigación (pp. 648 y ss).

Entre las más de mil páginas que tiene la obra se tratan muchísimos asuntos dignos de comentario, al punto que el solo intento de mencionarlos todos abultaría demasiado esta reseña. Por eso, a continuación se aludirá a contados temas.

Resulta particularmente interesante el análisis que nos plantea el profesor Olásolo Alonso acerca de si la empresa criminal común y el criterio del dominio del

2 Como sucede respecto a la instigación por omisión, donde solo se reseña lo decidido por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia o con la muy interesante posibilidad de ordenar mediante omisión (pp. 761 y ss).

hecho son parte del Derecho Internacional consuetudinario. En este punto, aparte de mostrar y criticar con fundamento la jurisprudencia relevante en la materia, el tratadista concluye que ninguno de los dos tiene carácter consuetudinario en cuanto a criterios rectores de autoría y participación (pp. 84 y ss). Sobre la distinción entre autoría y participación en Derecho Penal Internacional y a los criterios que la orientan —asuntos que en estos días son objeto de discusión tanto entre académicos como entre prácticos— el profesor Olásolo Alonso sostiene que el Estatuto de Roma distingue entre autoría y participación y lo hace “sobre la base de una posición objetivo-material que se fundamenta en el concepto del dominio del hecho” (p. 725), que es justamente el criterio que ha venido siguiendo la propia Corte Penal Internacional.

Sobremañera relevante, también para la práctica de la aplicación del Derecho Penal Internacional, resulta el Capítulo 7, dedicado al tratamiento de las omisiones en el Derecho Penal Internacional, donde se entregan criterios para distinguir la omisión como forma de coautoría, de la que puede dar lugar a responsabilidades accesorias (participación criminal por omisión o responsabilidad del superior por omitir el cumplimiento de sus deberes de control). Si bien los ejemplos que se utilizan para mostrar casos de autoría por omisión no son siempre del todo esclarecedores<sup>3</sup>, esa parte de la obra resulta especialmente estimulante e informativa para el lector.

En suma, esta vasta publicación es interesante y provechosa, tanto en cuanto obra de consulta como en su lectura completa, para formarse una idea de cómo ha evolucionado en las últimas décadas el Derecho Penal Internacional en materia de formas de responsabilidad penal y cuáles son las discusiones actuales en la materia. Se trata de una obra bien documentada y de fácil lectura, a pesar de lo complejo de los temas que trata, que concierne no solo a quienes se especializan en el Derecho Penal Internacional, sino a todos quienes se interesen en el Derecho Penal, los desafíos que enfrenta y sus mecanismos para enfrentarlos.

3 A saber, si un comandante dirige un ataque contra objetivos no militares (p. 741), no habría necesidad de recurrir a la construcción de la omisión (omitió su deber de evitar dirigirlo contra esa clase de objetivos), sino que es posible juzgar la acción de dirigir tal y como está descrita.

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FUENTES TORRIJO, Ximena (coord.), *Corte Penal Internacional y jurisdicciones estatales. El principio de complementariedad*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 2012, ISBN: 978-956-346-159-6, 266 pp.

Natalia M. Luterstein\*

La creación de un Tribunal Penal Internacional permanente ha sido un proyecto de la comunidad internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Durante las cinco décadas de negociación que precedieron al nacimiento de la Corte Penal Internacional (CPI), uno de los puntos más contenciosos ha sido la relación entre este Tribunal y las jurisdicciones estatales. El modelo que se plasmó en el Estatuto de Roma (ER) se basa en el principio de complementariedad, que impone la obligación primaria de investigar y enjuiciar a aquellos acusados de cometer crímenes internacionales en los Estados, estableciendo que cuando estos no quieran o no puedan llevar adelante estas acciones, la Corte podrá ejercer su competencia<sup>1</sup>. Este principio es una innovación respecto del funcionamiento de otros tribunales penales preexistentes, como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia o el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que funcionan sobre la base del principio de la jurisdicción concurrente y de la primacía de la jurisdicción internacional<sup>2</sup>. En consecuencia, cuando se adoptó el ER surgieron dudas acerca de la manera en que se interpretaría la relación de complementariedad.

El libro reseñado se enmarca en esta discusión y ofrece respuestas y ejemplos sobre la aplicación y el funcionamiento de este principio. La obra es el resultado de una investigación llevada a cabo en el marco de un proyecto Fondecyt regular financiado por la República de Chile y compendia artículos de varios autores, algunos de los cuales son trabajos presentados en diversos coloquios y mantienen el tono informal de la ponencia.

El libro se divide en tres partes. La primera contiene ensayos sobre cuestiones teóricas relativas al principio de complementariedad y a los diferentes modelos o sistemas de relación entre los tribunales penales internacionales y los tribunales nacionales<sup>3</sup>. La segunda parte examina su aplicación práctica y la tercera analiza

\* Abogada (UBA) y magíster en Derecho Internacional Público (The London School of Economics and Political Science).

1 Cf. Artículo 17 ER.

2 Cf. Estatuto del TPIY, artículo 9 y Estatuto del TPIR, artículo 8.

3 WERLE, G., *El principio de complementariedad: una mirada retrospectiva y prospectiva*, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, pp. 71-88.

cuestiones específicas de la implementación del ER y adopción de la definición del crimen de agresión en la Conferencia de Revisión de 2010.

Una de las nociones centrales que atraviesa de manera transversal esta obra es la relación entre uno de los principios básicos del Derecho Internacional Público, como es la soberanía de los Estados, con el funcionamiento de la Corte Penal Internacional. En este sentido, Claudia Cárdenas Aravena considera que el sistema de la CPI representa un plus a los sistemas nacionales y que de ninguna manera invade las facultades soberanas<sup>4</sup>.

En la misma línea, Raul Carnevali Rodríguez sostiene que la elección del principio de complementariedad fue un acierto de los Estados negociadores<sup>5</sup>. Ximena Fuentes Torrijo, por su lado, examina las características propias y distintivas de los tribunales internacionales y la construcción de su legitimidad, a la luz del consentimiento soberano de los Estados, por medio de la noción de la autorremisión, que surgió con las primeras situaciones abiertas por la CPI y su relación con el principio de complementariedad<sup>6</sup>.

El trabajo de Raúl Carnevali Rodríguez presenta un análisis comparativo entre la CPI y la Unión Europea, relativo a la forma en que ambas se relacionan con los Estados, mediante el principio de complementariedad y el principio de subsidiariedad, respectivamente<sup>7</sup>.

La manera en que una situación llega a la CPI y las facultades del fiscal en ese sentido fue otra de las cuestiones discutidas durante la negociación en Roma. El ER prevé que la Fiscalía puede iniciar una investigación de oficio, con el control establecido en el ER por medio de la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares<sup>8</sup>. En esta línea, la noción del “interés de la justicia”, previsto en el ER<sup>9</sup> como criterio relativo a la decisión del fiscal de no abrir una investigación o un caso, es analizado por Cárdenas Aravena y reconoce la necesidad de la Fiscalía de contar con una discrecionalidad razonable para ejercer sus funciones<sup>10</sup>.

4 “La Corte Penal Internacional y su relación con las jurisdicciones nacionales: el principio de complementariedad”, pp. 3-21.

5 “Los principios de primacía y complementariedad. Una necesaria conciliación entre las competencias de los órganos penales nacionales y los internacionales”, pp. 49-69.

6 “El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional”, pp. 89-113.

7 “El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea. Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional”, pp. 23-47.

8 Cf. Artículo 13 y Artículo 15 ER.

9 Artículo 53(1)(c) y Artículo 53(2)(c).

10 “Revisión crítica del criterio ‘interés de la justicia’ como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional”, pp. 145-175.

Por su parte, Héctor Olásolo examina el rol que puede jugar la Corte en el marco de la noción de la responsabilidad de proteger<sup>11</sup> mediante la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales y el desarrollo del concepto de complementariedad positiva, que busca fortalecer los sistemas judiciales internos<sup>12</sup>.

Otro de los aspectos vinculados con la relación entre la CPI y los Estados es la obligación de cooperar que los últimos asumen al ratificar el ER. El régimen previsto en dicho instrumento es examinado por Cárdenas Aravena, quien concluye que la ausencia de sanciones fuertes por el incumplimiento de esta obligación no es necesariamente un obstáculo para el buen funcionamiento de la CPI<sup>13</sup>.

Cuestiones más específicas, como la implementación del ER a escala nacional y los alcances de la definición de agresión adoptada en 2010, también son examinados por Cárdenas Aravena<sup>14</sup> en los últimos tres trabajos del libro. Allí se ponen de manifiesto las distintas estrategias adoptadas por los Estados y se revisa en detalle la Ley 20.357, adoptada por el Congreso de Chile en 2009<sup>15</sup>.

Los ensayos del libro en reseña dan cuenta de la gran cantidad de bibliografía —en diversos idiomas— consultada por los autores, cuestión que contribuye a la alta calidad de los capítulos. Asimismo, varios de los trabajos presentan interesantes análisis de la jurisprudencia de la CPI y de los tribunales *ad hoc*. Sin embargo, los extractos jurisprudenciales fueron incluidos directamente en su versión original en idioma inglés. En este sentido, si bien la cita de jurisprudencia actualizada contribuye a la profundidad de los trabajos, quizás hubiera sido bueno contar con las traducciones al español, aunque sean oficiosas, ya que son muy pocas las decisiones que son traducidas de manera oficial por el Tribunal.

En conclusión, el libro presenta de forma clara las discusiones centrales acerca de la relación entre los tribunales internacionales penales —en particular, la Corte Penal Internacional— y las jurisdicciones domésticas, como por ejemplo, el alcance

11 Se trata de una noción desarrollada en la Cumbre Mundial de 2005, que entiende la soberanía, no como un derecho del Estado, sino como una obligación de proteger a su población. Cuando el Estado no cumple con esta obligación, la comunidad internacional tiene la responsabilidad de intervenir, considerando al uso de la fuerza como medida de última *ratio*. Documento de la Asamblea General de la ONU del 15 de septiembre de 2005, A/60/L.1, párrafos 138 y 139.

12 “La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de los delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales *ex post facto* al concepto de responsabilidad para proteger y la función preventiva de la Corte Penal Internacional”, pp. 177-192.

13 “La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad”, pp. 117-143.

14 “De Londres a Kampala: ¿Hacia una definición del crimen de agresión?”, pp. 243-266.

15 “El principio de complementariedad como intervención mínima de la justicia penal internacional y su influencia en el Derecho Penal material por la vía del Derecho interno de los Estados”, pp. 195-214; “La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley No. 20.357”, pp. 215-242.

de la soberanía de los Estados, las facultades del fiscal de la CPI, las obligaciones de cooperación de los Estados con la Corte y los problemas de la implementación a escala nacional. La obra, pues, contribuye al desarrollo doctrinario del tema y aporta insumos para el análisis de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.

## Epílogo

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario ha estado ligada a los grandes acontecimientos políticos y jurídicos de Colombia por su larga tradición de casi cuatrocientos años. Dentro de la misma, el área del Derecho Internacional ha sido una de las más importantes, como se refleja en nuestros egresados, que han dirigido y orientado las relaciones internacionales del país. Cuenta en la actualidad con un nutrido grupo de profesores entre quienes sobresalen el profesor Héctor Olásolo Alonso, director y editor de la presente obra y la profesora Andrea Mateus Rugeles, coeditora de la misma.

Por su parte, el área del Derecho Penal de nuestra Facultad ha tenido un surgimiento notable desde la expedición de la actual Constitución Política de Colombia en 1991, siendo nuestro rector de la época designado como el primer fiscal general de la Nación, el doctor Gustavo de Greiff. Hoy el área de Derecho Penal está compuesta por siete profesores de planta y quince de hora cátedra y cuenta con el Grupo de Investigación Carlos Lozano y Lozano, que se ocupa de investigaciones en asuntos de Derecho Penal Económico y tendencias modernas del Derecho Penal.

La combinación de estas dos áreas da soporte a una rama del Derecho conocida con el nombre de Derecho Internacional Penal que, por medio de tribunales penales internacionales y de las propias jurisdicciones nacionales, ha generado considerables avances en la realización de la responsabilidad penal de dirigentes políticos y autoridades militares por la comisión de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado.

Con estos antecedentes, es un orgullo para la Facultad presentar el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, coeditado por la Universidad del Rosario, la editorial Tirant lo Blanch y el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), que en su versión electrónica dará cabida a trabajos de investigación de profesores de reconocido prestigio en la materia, así como a los ensayos ganadores del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, organizado por el propio IIH, con el apoyo ins-

titucional de la Corte Penal Internacional, la Secretaría General Iberoamericana y la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

El Anuario pretende resaltar los mejores ensayos en materia de Derecho Penal Internacional y además servir de tribuna a los nuevos talentos, escudriñar las dificultades de la materia, comentar con espíritu crítico las sentencias que se irán expidiendo, proponer nuevas soluciones y caminos y, en fin, ser el foro de quienes el día de mañana serán actores de la materia como jueces, fiscales, abogados, representantes de víctimas y académicos.

Con el correr de los años, el anuario será referencia obligada para la materia por la seriedad de sus ensayos y por la repercusión que tendrá en el ámbito latinoamericano y, por qué no, mundial, en esta nueva ciencia del Derecho Internacional Penal llamada a redimir la queja de la humanidad por las atrocidades sin castigo.

Bogotá, junio 1 de 2013.

Antonio Aljure Salame  
*Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario (Colombia)*

## **Jurado internacional de la I Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional**

El jurado internacional que ha valorado la I Edición del Certamen de Ensayos Blattman, Odio Benito y Steiner, celebrada en 2012 estuvo conformado por:

- René Blattmann (Bolivia), magistrado de la Corte Penal Internacional (2003-2012).
- Enrique V. Iglesias García (Uruguay), secretario general iberoamericano.
- Héctor Olásolo Alonso (España), presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH), profesor de Derecho Internacional, Universidad Nuestra Señora del Rosario (Colombia).

El jurado internacional que ha valorado la I Edición del Certamen de Ensayos Blattman, Odio Benito y Steiner, celebrada en 2012 estuvo conformado por:

### **Argentina**

- Carolina Anello  
Abogada (UBA), doctoranda (Facultad de Derecho, UBA). Diploma de Estudios Avanzados (DEA), Programa de Doctorado en Derecho Internacional (Universidad de Barcelona), magíster en Estudios Internacionales (Universidad de Barcelona). Docente de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesora de Derecho Penal Internacional en la Maestría de Derecho Penal del Mercosur de la UBA. Premio Beca “Hugo R. Thalmann”, UBA. Investigadora visitante en el Instituto de Ciencias Criminales a cargo del profesor Kai Ambos, Universidad George August, de Göttingen (Alemania). En la actualidad es prosecretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Eduardo d’Empaire  
Abogado (UCA), especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USal). Juez del Tribunal Criminal de Bahía Blanca (Argentina), exfiscal de Instrucción y Juicio, profesor de pregrado (cátedras Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos) y de posgrado (cátedras Derecho Procesal Penal y Teoría de la Ejecución Penal), Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur. Juez, docente asesor y

observador del Concurso Interamericano de Derechos Humanos (WCL, American University). Es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal.

- Natalia M. Luterstein

Abogada con orientación en Derecho Internacional Público (UBA), graduada con Diploma de Honor y magíster en Derecho Internacional Público por la London School of Economics and Political Science. Profesora adjunta de Derecho Internacional Público y Sujetos y Jurisdicciones, de la Facultad de Derecho de la UBA y docente de Derecho Penal Internacional en la Maestría de Derecho Penal del Mercosur y en la Maestría de Relaciones Internacionales de la UBA. En la actualidad se desempeña como asesora jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos (área internacional) de la Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

### **Jurado Alterno**

- Alejandro Kiss

Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania), miembro de la Asesoría Jurídica de la Procuraduría General de la Nación en Buenos Aires (Argentina), letrado de sala en las secciones de Cuestiones Preliminares y Juicio Oral de la Corte Penal Internacional desde abril de 2008.

### **Brasil**

- Heloisa Estellita

Advogada na área criminal em São Paulo. Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), membro de Comissões do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

- Mariana Tumbiolo Tosi

Advogada na área criminal, membro da Comissão de Cooperação Jurídica Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pesquisadora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

- Carolina Yumi de Souza

Advogada da União no Estado de São Paulo, mestre e doutoranda em Processo Penal pela Universidade de São Paulo. Membro da Comissão de Cooperação Jurídica Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

## Chile

- Gonzalo Aguiar Cavallo

Profesor de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Chile) y de la Universidad de Valparaíso (Chile). Es director del Programa Derecho Advance de la Universidad Andrés Bello (Chile).

- Claudia Cárdenas Aravena

Profesora asociada del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile. Responsable del proyecto de investigación apoyado por el Fondecyt sobre la ley chilena que tipifica los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio.

- Ania Salinas Cerda

Letrada de Sala (Legal Officer, Chambers) en la División de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.

## Colombia

- Andrés Rolando Ciro Gómez, T. C.

Licenciado en Derecho, por la Universidad San Buenaventura (Colombia), magíster en Derecho Público, por la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo, por la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia), especialista en Defensa y Seguridad Nacionales, con énfasis en Comando y Estado Mayor, por la Escuela Superior de Guerra de Bogotá. Curso de Comando y Estado Mayor General para Oficiales (Western Hemisphere Institute for Security Cooperation, Fort Benning, Georgia). Director de la maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Escuela Superior de Guerra de Colombia (Esdegue), docente de Derecho Constitucional, Derecho Operacional y Derecho Internacional Humanitario de la misma Escuela.

- Andrés Luis Fajardo Arturo

Director del Departamento de Derechos Humanos y de la Clínica de Interés Público, de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia).

- Mauricio Vanegas Moyano

Abogado, especialista en Derecho Penal, de la Université Pantheon, Assas Paris II, magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, de la Université Pantheon, Assas Paris II. Profesor de planta en la Universidad del Rosario (Colombia).

## Jurado alterno

- María Cristina Patiño González

Abogada, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad Externado de Colombia, doctora en Derecho por el área de Derecho Procesal, magíster, especialista y Suficiencia Investigadora de la Universidad de Salamanca (España). Decana de la Facultad de Derecho, de la Universidad Santo Tomás de Aquino, profesora asociada de la Universidad Nacional de Colombia, titular de la cátedra de Derecho Procesal Penal y directora de la Revista *Pensamiento Jurídico*, de la misma Universidad. Directora de la Escuela de Posgrados y del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Aquino, sede Bogotá. Subdirectora de la Sede Casa de Salamanca, de la Universidad de Salamanca para América Latina. Directora del grupo de investigación interinstitucional Centro de Estudios Procesales (Cendepro) de las Universidades Nacional de Colombia y Santo Tomás de Aquino, sede Bogotá, y miembro activo del grupo de investigación Iudicum de la Universidad de Salamanca.

## Costa Rica

- Cynthia Chamberlain Bolaños

Letrada de sala de la División de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional.

- Alfredo Chirino Sánchez

Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Costa Rica, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Costa Rica.

- Gonzalo Monge Núñez

Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Costa Rica, especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## Ecuador

- Marcelo Chico Cazorla

Doctor en Jurisprudencia, profesor principal de Derecho Internacional Público, en la Universidad del Azuay (Ecuador) y subdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay.

- Juan Morales Ordoñez

Profesor principal de Introducción al Derecho, en la Universidad del Azuay (Ecuador). Doctor en Jurisprudencia, magíster en Teoría del Derecho por la Universidad de Ginebra, Suiza. Fue magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador de 2005 a 2011, en las áreas de lo fiscal y tributario y luego en lo contencioso administrativo, siendo presidente de esa Sala.

- Renán Villacís

Director de la Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional.

### **Jurado alterno**

- Jaime Ochoa Andrade

Doctor en Jurisprudencia. Profesor principal de Derecho Penal General, en la Universidad del Azuay (Ecuador). Fue ministro fiscal de la provincia del Azuay y presidente del Colegio de Abogados del Azuay.

## **El Salvador**

- Jaime Edwin Martínez Ventura

Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas, por la Universidad de El Salvador. Diplomado en Criminología y Justicia Penal Juvenil. Fundador y exdirector del Centro de Estudios Penales de El Salvador (Cepes). Actual director general de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador.

- Salvador Eduardo Menéndez Leal

Abogado y notario. Doctor en Derecho Público, por la Universidad Autónoma de Barcelona, licenciado en Ciencias Jurídicas, por la Universidad de El Salvador. Catedrático universitario en posgrados de Derechos Humanos. Actualmente es procurador adjunto de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

- David Ernesto Morales Cruz

Licenciado en Ciencias Jurídicas, por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). Exinvestigador y asesor jurídico en Derechos Humanos de Tutela Legal del Arzobispado de San Salvador, exprocurador adjunto para la De-

fensa de los Derechos Humanos. En la actualidad es director general de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

## **España**

- **Xabier Agirre Aranburu**

Licenciado en Derecho, por la Universidad del País Vasco, magíster en Estudios de Paz, por la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos), diplomado en Análisis de Investigación Criminal, por la Academia de Policía de Canadá, diplomado en Gestión de Proyectos, por la Universidad de Limerick (Irlanda). Entre 1992 y 1996 trabajó en tareas de ayuda humanitaria en la antigua Yugoslavia con la ONG SOS Balkanes, en cuya fundación participó. De 1997 a 2004 fue analista de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de Naciones Unidas (La Haya, Holanda). Entre 2004 y 2012 se desempeñó como analista superior de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Ha contribuido a diversos proyectos de investigación y formación en Colombia (Naciones Unidas, Fiscalía General de la Nación y varias universidades), Perú (formación de jueces y fiscales para la investigación penal de casos derivados de la Comisión de la Verdad), Guatemala (formación de jueces y fiscales), Argentina (apoyo a la unidad especializada de la Fiscalía), México (Universidad Iberoamericana) y Honduras (investigación de la Comisión de Verdad y Reconciliación). Es autor, entre otras publicaciones, del libro *Yugoslavia y los ejércitos: la legitimidad militar en tiempos de genocidio* (1997).

- **Antoni Pigrau Solé**

Licenciado y doctor en Derecho, por la Universidad de Barcelona, de cuya Facultad de Derecho fue profesor entre 1982 y 1992. Es catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, de la Universitat Rovira i Virgili (URV), corresponsal del *Yearbook of International Humanitarian Law*, desde su creación en 1998. Es miembro de la Junta de Gobierno del Institut Català Internacional per la Pau (ICIP) y director del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (Cedat) de la URV. Ha publicado diversas monografías y artículos científicos en revistas y obras colectivas, entre las cuales cabe destacar “La jurisdicción universal y su aplicación en España. La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales” (Generalitat de Catalunya, 2009).

- **Santiago Ripol Carulla**

Licenciado y doctor en Derecho, por la Universidad Autónoma de Barcelona. Certificado del Curatorium de l'Acadèmia de Dret Internacional de La Haia por su participación en los trabajos del Centre for Studies and Research in International Law and International Relations. Diploma en Derecho Internacional, Universidad de Helsinki. Desde febrero de 2010 es catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra. Es autor de cinco monografías y de más de cincuenta artículos en revistas y obras colectivas. Desde octubre de 2003 es letrado del Tribunal Constitucional.

## **Guatemala**

- **Carlos Abraham Calderón Paz**

Profesor universitario en pregrado y posgrado de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal Internacional, de la Universidad de San Carlos, Sede Noroccidente (Guatemala). Se ha desempeñado como fiscal y defensor público. Ha trabajado en investigaciones respecto a víctimas de delito, entre otras. También ha tenido actividades de acción legal ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

- **Helen Beatriz Mack Chang**

Presidenta de la Fundación Myrna Mack, entidad creada en 1993 por ella y un grupo de guatemaltecos comprometidos con el objetivo de luchar contra la impunidad y contribuir a la modernización y democratización de la administración de justicia en Guatemala. Ha recibido múltiples premios y reconocimientos, entre los que destacan: Right Livelihood Award, premio Nobel Alternativo de la Paz (Suecia, 1992), premio de la Paz, otorgado por Kerk (Leven, Bélgica, 1993), Hija Predilecta de Retalhuleu (Retalhuleu, 1993), premio de la Vera Paz, otorgado por el Instituto de Cultura Hispánica (Guatemala, 1994), Medalla Oficina Nacional de la Mujer (Guatemala, 1999), premio León Felipe 1999 por la Concordia (Madrid, 1999), reconocimiento del Latino Cultural Center Rafael Cintrón Ortiz y de la University of Illinois (Chicago, 2002).

- **Marvin Rabanales García**

Especialista en investigaciones y trabajos académicos respecto a delitos de trata de personas, de niñez y adolescencia en el marco del conflicto armado en Guatemala. Profesor universitario en pregrado y posgrado en la Universidad de San Carlos.

## México

- Carlos Castresana Fernández

Miembro de la Fiscalía del Tribunal Supremo de España, director de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (2008-2011). Está radicado en Monterrey.

- Sandra Salcedo González

Investigadora del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana (México).

- Elia Patricia Neri Guajardo

Profesora investigadora del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades.

## Jurado alterno

- Deborah Ruiz Verduzco

Doctora en Derecho Internacional Público, por la Universidad de Ginebra. Coordinadora del Programa de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Organización Parliamentarians for Global Action.

- Karla Alejandra Escárcega Robledo

Magíster en Ciencias Jurídico Penales, por la Universidad de Guanajuato. Certificada por el Centro de Estudios de Justicia para las Américas (Chile) como capacitadora de la reforma procesal penal. Ha sido docente en la Universidad de Guanajuato. Se desempeña como secretaria técnica adscrita al Consejo del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

## Panamá

- Enrique Illueca

Abogado en ejercicio y profesor de Derecho. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia y de la Escuela de Derecho, de la Universidad de Nueva York. Editor asociado de *Columbia Business Law Review* (1987-1988), investigador del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá (1980-1983), miembro de la Comisión Bancaria Nacional (1984), miembro del Comité Ejecutivo de la CIAC (1990-1993), vicepresidente de la Asociación Panameña de Arbitraje (1992), director del Club Rotario de Panamá (1996-1998) y asesor legal del Club Rotario de Panamá (1998-1999).

Alicia Quintero

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua, magíster en Derecho en la Universidad George Washington. Se desempeña como profesora titular en la Universidad Católica Santa María la Antigua en el curso de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. Es coordinadora de la Maestría en Derecho Procesal en la Unidad de Posgrado de la Universidad Católica Santa María la Antigua.

- Constantino Riquelme Ortiz

Licenciado en Relaciones Internacionales, por la Universidad de Panamá, magíster en Ciencias Políticas, por la Pontificia Universidad Javeriana, de Bogotá, doctor en Derecho Internacional Público, por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de planta en Derecho Internacional Público y director de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA).

## **Paraguay**

- Elodia Almirón Prujel

Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Asunción, doctora en Ciencias Jurídicas, por la Universidad Nacional de Asunción, magíster en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, por el Instituto de Altos Estudios Estratégicos, especialista en Derecho Constitucional, por la Universidad de Salamanca. Docente de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Americana, en las ramas de Derechos Humanos y Derecho Internacional, docente de la Escuela Judicial del Paraguay, docente de posgrado en las Universidades Autónoma de Asunción, del Norte y del Pacífico, en el área de Derecho Internacional. Es autora de obras publicadas en área de Derechos Humanos, Derecho Internacional y Derecho Constitucional y de monografías publicadas en revistas jurídicas e indexadas, nacionales e internacionales.

- Enrique Kronawetter

Abogado, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, con posgrado en Litigio Oral, por la Californian Western School of Law. Es coautor del anteproyecto del Código Procesal Penal, convertido en Ley No. 1286 de 1998 y de la Ley Orgánica del Ministerio Público, convertida en Ley No. 1562 de 2000. Director de la Escuela Judicial del Paraguay, dependiente del Consejo de la Magistratura, desde septiembre de 2010, director jurídico del Jurado

de Enjuiciamiento de Magistrados, desde marzo de 2011, docente de la Escuela Judicial del Paraguay en los módulos Introducción al litigio penal oral y público. Es autor de varias publicaciones en revistas internacionales de reconocido prestigio.

- Ernesto Velázquez Argaña

Abogado egresado de la Universidad Católica de Asunción, magíster en Derecho, por la Universidad de Londres (Queen Mary College) y certificado de Estudios Diplomáticos en la Universidad de Oxford (Reino Unido). Es profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Asunción. Ejerció el cargo de asesor jurídico del ministro de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay entre los años 2003 y 2011. Delegado paraguayo en reuniones sobre la Corte Penal Internacional entre 2003 y 2011.

## **Perú**

- Ivan Meini Méndez

Bachiller en Derecho y abogado, por la Universidad Católica del Perú, doctor en Derecho Penal, por la Universidad de Cádiz (España), obtuvo el premio Extraordinario de Doctorado. Realizó estudios de posdoctorado en la Universidad de Fribourg (Suiza) y estancias de investigación en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Alemania) y Derecho Penal, en la Universidad Georg August (Alemania). Ha sido procurador adjunto Anticorrupción para los casos Fujimori/Montesinos y jefe de la Unidad de Investigaciones de la Oficina Nacional Anticorrupción. Es profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú y consultor internacional en Derecho Penal.

- Gabriela Neira Hidalgo

Miembro del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de San Martín de Porres.

- Francesca Varda

Coordinadora regional para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional.

## **Jurado alterno**

- Salvador Herencia Carrasco

Abogado, por la Universidad de los Andes (Colombia), especialista en Derecho Internacional, Europeo y Comparado, por la Universidad Robert Schuman (Francia), magíster en Derecho, por la Universidad de Ottawa. Consultor para proyectos de implementación de obligaciones internacionales, mitigación de conflictos sociales y capacitación en derechos humanos y Derecho Penal Internacional. Asesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas. Se desempeña como asesor jefe de Políticas Públicas y Derechos Humanos del Viceministerio de Justicia.

## **Uruguay**

- Pablo Galain Palermo

Doctor en Derecho Penal, por la Universidad de Salamanca. Profesor honorario de Derecho Penal de la Universidad Pablo Olavide (España) desde 2009. Desde el año 2007 es director del área en Lengua Portuguesa del Departamento de Investigación en Derecho Penal, Procesal Penal y Penal Internacional del Instituto Max Planck para el Derecho Externo y el Derecho Penal Internacional.

- Gonzalo Lorenzo

Doctor en Derecho por la Universidad de Bremen (Alemania). Profesor adscrito de Derecho Internacional Privado, de la Universidad de la República, profesor titular de Derecho Internacional Privado en las Universidades de Montevideo y profesor adjunto de la misma materia en la Universidad de la República. Es miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado.

- Martín José Risso Ferrand

Miembro del Consejo de Dirección y docente de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, a partir de 2007. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (1999-2010), miembro del Consejo Editorial de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay, miembro fundador del Grupo Facultades de Derecho de Universidades Católicas de América Latina (Fadecal), miembro exponente de la Academia de Jurisprudencia Colombiana desde junio de 2005, miembro del Consejo de Redacción de la Revista *Estudios Jurídicos* de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del

Uruguay, miembro extranjero de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional desde noviembre de 2008.

## Venezuela

- Angelina Jaffé Carbonell

Abogada *summa cum laude* por la Universidad Central de Venezuela, doctora en Derecho Internacional, por la Universidad de París I (Francia). Jefa del Departamento de Estudios Internacionales de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana.

- Pablo Leonte Han-Chen

Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (Venezuela), doctor en Derecho, magíster *scientiarium* en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor titular de Derecho Penal de pregrado y posgrado de la Universidad del Zulia e investigador adscrito al Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia.

- Juan Luis Modolell González

Abogado, por la Universidad Católica Andrés Bello, doctor en Derecho, sobresaliente *cum laude* de la Universidad de Barcelona (España), estancia posdoctoral en la Albert Ludwig Universitat de Freiburg (Alemania). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

## **Normas para la publicación en el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP)**

El *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP) es un medio arbitrado de divulgación científica que cada año presenta a la comunidad académica, a los actores participantes en la administración de justicia y a la sociedad civil los resultados de las investigaciones en el área de Derecho Internacional Penal, seleccionados para publicación por medio del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal. En cada edición del ANIDIP, los ensayos de investigación seleccionados irán acompañados por uno o varios trabajos inéditos de investigación de autores de reconocido prestigio y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal, que serán elegidos mediante convocatoria pública.

Con ello, el ANIDIP pretende estimular el conocimiento, el debate doctrinal y la aplicación del Derecho Internacional Penal en los países iberoamericanos, así como dar a conocer la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI), los tribunales internacionales penales *ad hoc* y los órganos judiciales nacionales con competencia en crímenes internacionales. El ANIDIP se dirige también a difundir el mandato, las actividades y la jurisprudencia de otros organismos que abordan situaciones que podrían llegar a constituir crímenes internacionales. Además, pretende incentivar a los Estados iberoamericanos para la implementación nacional del Estatuto de Roma, la adopción de leyes nacionales de cooperación con la CPI y los tribunales internacionales penales *ad hoc* y la aprobación de la normativa sobre inmunidades y privilegios necesarios para el desarrollo de sus funciones.

El ANIDIP es publicado por la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia), la Editorial Tirant lo Blanch (España) y el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH).

### **Procedimiento para el envío, la revisión y la selección de ensayos y trabajos de investigación**

Existen dos procedimientos para el envío, la revisión y la selección de ensayos y trabajos de investigación a los efectos de su publicación en el ANIDIP: (i) Ensayos de investigación presentados al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner. (ii) Trabajos de investigación presentados mediante convocatoria pública

por autores de reconocida trayectoria y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal.

## **Procedimiento con respecto a los ensayos de investigación presentados al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner**

El Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal es convocado cada año por el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), con el apoyo institucional de la Corte Penal Internacional (CPI), la Secretaría General Iberoamericana, la Unión Europea, la Coalición por la Corte Penal Internacional (CICC), la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia), la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos) y la Editorial Tirant lo Blanch.

Pueden participar en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner quienes, al momento de vencimiento del plazo para la presentación de los ensayos, cuenten con el título de licenciatura o grado en Derecho o en otra materia relacionada con la justicia internacional penal.

La extensión máxima de los ensayos, que deberán ser inéditos, será de veinte páginas, con interlineado 1,5, letra *Times New Roman* tamaño 12 puntos, márgenes superior e inferior de 3 cm y derecho e izquierdo 2,5 cm. Los ensayos deberán presentarse en español o portugués y deberán seguir las reglas de estilo que se recogen en el presente documento.

Cada año, durante los meses de junio y julio, se divulgará en la página web del IIH ([www.iberoamericaninstituteofthehague.org](http://www.iberoamericaninstituteofthehague.org)) la convocatoria pública de la edición correspondiente al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, en la que se establecerán las bases y el procedimiento a seguir en dicha edición, que responderá, en todo caso, a los siguientes lineamientos:

- a. Los ensayos se enviarán en versión electrónica (documento de *Word*) hasta el 15 de enero siguiente a la publicación de la correspondiente convocatoria (por ejemplo, si la convocatoria se publicó en julio de 2013, los trabajos deberán presentarse, a más tardar, el 15 de enero de 2014) y se enviarán a la dirección de correo electrónico: [info@iberoamericaninstituteofthehague.org](mailto:info@iberoamericaninstituteofthehague.org)

Tanto en el asunto del correo electrónico, como en la parte superior de la primera página del ensayo se incluirán los nombres y apellidos del participante, su número de pasaporte o tarjeta nacional de identidad, su nacionalidad, su edad,

el título de licenciatura o grado que posee y sus datos de contacto (dirección de correo electrónico y número de teléfono). En ninguna otra parte del ensayo se incluirá información que pueda identificar al autor del ensayo.

Una vez haya enviado su ensayo, todo participante recibirá un acuse de recibo.

- b. Finalizado el plazo de entrega (15 de enero), los ensayos serán clasificados por la nacionalidad de sus autores. En caso de que el número de ensayos provenientes de connacionales no sea superior a cinco, se podrán incluir en una misma categoría los ensayos correspondientes a los nacionales de dos o más Estados. Luego de esta clasificación, el personal del IIH procederá a dotar de anonimidad a los ensayos mediante la asignación de un número.
- c. Los ensayos de cada categoría nacional serán enviados, de manera anónima, a un jurado nacional de un país diferente, es decir, al jurado nacional de Chile se le enviarán los documentos presentados por colombianos y a Argentina se remitirán aquellos presentados por peruanos, por poner ejemplos hipotéticos. Los jurados nacionales tendrán hasta el 15 de febrero para seleccionar el mejor ensayo, de acuerdo con los siguientes criterios:
  - Tesis: (i) valor conceptual de la tesis defendida en el ensayo; (ii) claridad en el planteamiento; (iii) carácter innovador.
  - Argumentación: (i) valor conceptual de los argumentos presentados en apoyo de la tesis; (ii) profundidad en el desarrollo de los argumentos; (iii) carácter innovador de los argumentos (más allá de analizar los argumentos presentados por otros autores); (iv) relación lógica entre la tesis defendida y los argumentos desarrollados en apoyo de la misma.
  - Fuentes: (i) citación de las fuentes doctrinales internacionales y nacionales más relevantes en la materia; (ii) variedad de fuentes legislativas y jurisprudenciales de carácter internacional (y de carácter nacional, cuando sean relevantes para el objeto del ensayo).
  - Forma: respeto por las normas de formato recogidas en el Anexo I de la Convocatoria del Certamen (tanto en la extensión máxima de los ensayos como en las reglas de formato y de citación).

El criterio de forma tendrá un valor de 10% de la valoración global del ensayo. Cada uno de los otros tres criterios tendrá un valor de 30%.

- d. El 15 de febrero se constituirá un panel internacional formado por tres jurados de reconocida trayectoria y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal.
- e. El jurado internacional evaluará, de manera anónima, todos los ensayos seleccionados por los jurados nacionales bajo los criterios mencionados en el

apartado C. El 15 de marzo se definirá el ensayo ganador de la correspondiente edición del Certamen de Ensayos. Asimismo, el jurado internacional señalará aquellos otros ensayos que, con las oportunas modificaciones, podrían tener la calidad necesaria para su publicación en el ANIDIP.

- f. Al seleccionar el ensayo que ha de enviarse al panel de jurados internacionales, cada panel de tres jurados nacionales presentará un informe en el que se recogerán recomendaciones para su mejora, de cara a su posible publicación. De igual manera, el panel de jurados internacionales emitirá un informe con indicaciones para cada uno de los ensayos que considere que pudieran ser objeto de publicación.
- g. Los informes recibidos de los paneles de jurados nacionales e internacionales serán enviados a los autores, con el fin de que sean revisados a la luz de dichos informes, en un plazo máximo de treinta días.
- h. Las nuevas versiones de cada uno de los ensayos preseleccionados para publicación serán objeto de una nueva evaluación anónima (sistema de doble anonimato) durante el mes de abril por dos pares externos con reconocida competencia en Derecho Internacional Penal. Solo cuando el resultado de esta nueva evaluación sea positivo se procederá a la aceptación para la publicación de los ensayos preseleccionados que no hayan resultado ganadores del Certamen de Ensayos. Las modificaciones propuestas por los evaluadores serán remitidas a los autores de cada ensayo, quienes dispondrán de un plazo máximo de treinta días para su revisión.

Este plazo también será utilizado por los autores para incluir las actualizaciones a las que haya lugar en relación con sus ensayos, originalmente presentados el 15 de enero.

- i. La versión final de los ensayos objeto de publicación será recibida, a más tardar, el 31 de mayo.
- j. La cantidad de ensayos a publicar en cada número dependerá de su calidad y de los informes de los paneles de jurados nacionales e internacionales y de los pares anónimos. En todo caso, se publicará el ensayo ganador de la correspondiente edición del Certamen de Ensayos, tras la evaluación anónima del panel de jurados internacionales.

## **Procedimiento con respecto a los artículos de autores de reconocida trayectoria y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal**

Cada año, la dirección del ANIDIP hará una convocatoria pública para la selección de uno o varios trabajos de investigación inéditos de autores de reconocido prestigio y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal.

Los autores que deseen presentar sus trabajos mediante este procedimiento deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Edad: superior a 35 años.
- Formación: maestría o doctorado en Derecho Internacional Penal o en una materia relacionada.
- Experiencia docente o profesional: diez años de docencia en Derecho Internacional Penal (o en un área relacionada) o de experiencia en un tribunal nacional o internacional que aplique el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario.
- Publicaciones: una monografía y tres artículos sobre Derecho Internacional Penal o materias relacionadas en revistas indexadas nacionales y/o internacionales.

Los autores que no cumplan con estos requisitos y deseen publicar sus trabajos en el ANIDIP deberán participar en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner.

La extensión máxima de los trabajos será de veinte páginas, con interlineado 1,5, letra *Times New Roman* tamaño 12 puntos, márgenes superior e inferior de 3 cm y derecho e izquierdo 2,5 cm. Los trabajos deberán presentarse en español o portugués y deberán seguir las reglas de estilo que se recogen en el presente documento.

La convocatoria pública anual realizada por la dirección del ANIDIP se publicará en la página web del IIH ([www.iberoinstituteofthehague.org](http://www.iberoinstituteofthehague.org)) durante los meses de octubre y noviembre de cada año. Dicha convocatoria establecerá las bases y procedimientos a seguir en tal edición, que responderá, en todo caso, a los siguientes lineamientos:

- a. Los trabajos serán enviados en versión electrónica (documento de *Word*) hasta el 31 de marzo siguiente a la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria a la dirección de correo electrónico: [info@iberoinstituteofthehague.org](mailto:info@iberoinstituteofthehague.org)

Tanto en el asunto del correo electrónico, como en la parte superior de la primera página del trabajo de investigación, el autor incluirá sus nombres y apellidos, número

de pasaporte o tarjeta nacional de identidad, nacionalidad, edad, títulos de maestría y/o doctorado, instituciones y períodos de ejercicio de la docencia en Derecho Internacional Penal (o en materias relacionadas), funciones desempeñadas en tribunales nacionales e internacionales y tiempo durante el que ocupó su cargo, monografías y artículos publicados en revistas indexadas nacionales y/o internacionales y datos de contacto (dirección de correo electrónico y número de teléfono).

En ninguna otra parte del trabajo de investigación se incluirá información que pueda identificar al autor del ensayo.

Una vez haya enviado su ensayo, todo participante recibirá un acuse de recibo.

- b. Tras recibir los trabajos de investigación se procederá a dotarlos de anonimidad mediante la asignación de un número y se enviarán a pares anónimos de reconocida competencia en Derecho Internacional Penal para su evaluación durante el mes de abril, la cual seguirá los siguientes criterios:
  - Tesis: (i) valor conceptual de la tesis defendida en el ensayo; (ii) claridad en el planteamiento; (iii) carácter innovador.
  - Argumentación: (i) valor conceptual de los argumentos presentados en apoyo de la tesis; (ii) profundidad en el desarrollo de los argumentos; (iii) carácter innovador de los argumentos (más allá de analizar los argumentos presentados por otros autores); (iv) relación lógica entre la tesis defendida y los argumentos desarrollados en apoyo de la misma.
  - Fuentes: (i) citación de las fuentes doctrinales internacionales y nacionales más relevantes en la materia; (ii) variedad de fuentes legislativas y jurisprudenciales de carácter internacional (y de carácter nacional cuando sean relevantes para el objeto del ensayo).
  - Forma: respeto por las normas de formato recogidas en el Anexo I de la Convocatoria del Certamen (tanto en la extensión máxima de los ensayos, como en las reglas de formato y de citación).
- c. En su evaluación, los pares anónimos determinarán la aceptación o no para publicación de los trabajos presentados y recogerán recomendaciones para la mejora de aquellos que fueron aceptados.
- d. Las evaluaciones recibidas de los pares anónimos serán enviadas a los autores de los respectivos ensayos con el fin de que los revisen, en un plazo máximo de treinta días. La versión final de los ensayos será recibida, a más tardar, el 31 de mayo.
- e. La cantidad de trabajos de investigación a publicar en cada número dependerá de la calidad y de las evaluaciones de los pares anónimos.

# Anexo I

## Normas de estilo

### Normas generales

- Aquellos documentos que se no se ajusten a las reglas de estilo recogidas en el presente anexo podrán ser descalificados automáticamente por los jurados nacionales o por el jurado internacional de La Haya.
- La extensión máxima de los artículos escritos en el formato que a continuación se detalla será de 7.000 palabras (incluidas las recogidas en notas al pie de página).
- Los documentos deberán encabezarse con el título del trabajo y el nombre del autor; como nota al pie se insertará su cargo académico o la actividad que desempeña, así como la institución a la que pertenece.
- En la parte superior del texto, antes de comenzar con la primera sección, se deberá incluir un resumen de un máximo de doscientas palabras en español, así como cinco palabras clave (este resumen no se contará dentro de las 7.000 palabras que, como máximo, ha de tener el texto principal).
- Se utilizará la siguiente jerarquía de titulación:
  - 1. Título 1
  - 1.1. Subtítulo 1
  - 1.1.1. Subtítulo 2
  - 2. Título 2
- Al final del artículo, deberá incluirse un listado de referencias jurisprudenciales y bibliográficas (esta sección tampoco se contará dentro de las 7.000 palabras que, como máximo, ha de tener el texto principal). A los efectos de facilitar el proceso de edición, se solicita que para la elaboración de este listado no se utilice la herramienta que ofrece Word para la creación de bibliografías.
- Los artículos deben ser enviados como documentos de *Word* y en formato PDF a todas las personas que se indiquen en la convocatoria.

### Normas de formato

#### Letra:

*Times New Roman*, 12 puntos.

#### Espaciado:

Anterior: 0 puntos.

Posterior: 10 puntos.

Interlineado: 1,5

### **Márgenes:**

Superior e izquierdo: 3 cm

Inferior y derecho: 2,5 cm

### **Notas al pie:**

Letra: *Times New Roman*, 10 puntos.

Anterior: 0 puntos.

Posterior: 10 puntos.

Interlineado: 1,15

### **Epígrafes:**

Los primeros epígrafes se presentarán en numeración romana.

### **Normas de cita**

Como normas de citación se utilizarán las contenidas en la sexta edición del *Manual de estilo de publicaciones de la American Psychological Association* (normas APA 2010). El Manual de las normas APA se puede encontrar en la siguiente página web: <http://usodeapa.blogspot.com/2012/10/libros-libros-de-consulta-y-capitulo-de.html>

Las decisiones jurisprudenciales de aquellos tribunales que no aparecen referidos en las normas APA 2010 se citarán a la manera en que lo hacen los propios tribunales que las emiten.

Ejemplos de pautas contenidas en las normas APA 2010:

### 1. Referencia de un libro:

Apellido, X. X. (año). *Título del documento en cursivas*. Ciudad: Editorial.

Ejemplo:

Fullan, M. G. & Stiegelbauer, S. (1997). *El cambio educativo: guía de planeación para maestros*. México D. F.: Trillas.

### 2. Referencia de un capítulo dentro de un libro editado:

Apellido, X. X. & Apellido, X. X. (año). Título del capítulo o entrada. En X. Apellido Editor (ed.), *Título del libro en cursivas* (pp. Xx-xx). Ciudad: Editorial.

Ejemplo:

Cruz, C. (2001). The Virtual University: Customized Education in a Nutshell. En P. S. Goodman (ed.), *Technology Enhanced Learning: Opportunities for Change* (pp. 183-201). Mahwah: Erlbaum.

### 3. Referencia de un artículo de revista especializada:

Autor, A. (mes, año). Título del artículo. *Título de la publicación*, volumen (#), xx-xx. doi: xxxxx

No todas las publicaciones cuentan con volumen, número y doi. En caso de que alguno de estos datos no aparezca, se mantiene el mismo formato.

Ejemplo:

Gunawardena, C., Lowe, C. & Anderson, T. (1997). Analysis of a Global Online Debate and the Development of an Interaction Analysis Model for Examining Social Construction of Knowledge in Computer Conferencing. *Journal of Educational Computing Research*, 17, 395-429.

#### 4. Referencia de una tesis doctoral:

Si está disponible en una base de datos, así:

Apellido, X. (año). *Título de la tesis en cursivas* (Tesis doctoral o tesis de maestría). Recuperado de Nombre de la base de datos. (Acceso o solicitud No. xxx)

Ejemplo:

McNiel, D. S. (2006). *Meaning through Narrative: A Personal Narrative Discussing Growing up with an Alcoholic Mother* (Tesis de maestría). De la base de datos de Proquest Dissertation and Theses. (UMI No. 1434728)

Para tesis inéditas:

Wilfey, D. E. (1989). *Interpersonal Analyses of Bulimia: Normal Weight and Obese* (Tesis doctoral inédita). University of Missouri, Columbia, Estados Unidos.

Para tesis publicadas en Internet:

Bruckman, A. (1997). *MOOSE Crossing: Construction, Community, and Learning in a Networked Virtual World for Kids* (Tesis doctoral, Massachusetts Institute of Technology). Recuperado de <http://www-static.cc.gatech.edu/~asb/thesis/>

#### 5. Referencia de una ponencia en un congreso:

Apellido, X. (mes, año). *Título de la ponencia en cursivas*. Ponencia presentada en Nombre del evento, Institución que organiza, Ciudad, País.

Ejemplo:

Pintrich, P. R. & Garcia, T. (abril, 1992). *An Integrated Model of Motivation and Self-regulated Learning*. Ponencia presentada en la reunión anual de la American Educational Research Association, San Francisco, Estados Unidos.

## 6. Referencia de un informe técnico:

Apellido, A. (año). *Título del trabajo en cursivas*. (Informe No. xxx). Lugar: Editorial.

Ejemplo:

McKeachie, W. J., Pintrich, P. R., Lin, Y.-G., Smith, D. A. F. & Sharma, R. (1990). *Teaching and Learning in the College Classroom: A Review of the Research Literature* (2a. ed.) (Informe No. 90-B-003.1). Ann Arbor: University of Michigan, National Center for Research to Improve Postsecondary Teaching and Learning.

## 7. Referencia de un documento consultado en Internet:

Apellido, X. (mes, año). *Título del documento en cursivas*. Recuperado de <http://>

Ejemplo:

Bernstein, M. (2002). *10 consejos para escribir la Web vida*. Recuperado de <http://www.alistapart.com/articles/writeliving>

## ANEXO II

### Formato de autorización para publicación

#### Autorización para publicación

Señores

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Tirant Lo Blanch e Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH)

Yo, (escriba su nombre completo) \_\_\_\_\_, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de (ciudad de residencia) \_\_\_\_\_, en (país) \_\_\_\_\_, identificado como aparece al pie de mi firma, creador del texto titulado “Escriba el título de su artículo” \_\_\_\_\_, como parte de la publicación *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, por medio de este documento autorizo voluntariamente a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH para publicar la obra en mención, en versión impresa y electrónica.

Asimismo, conozco que, en razón a la naturaleza académica de la Universidad, la obra será publicada a título de ilustración con fines educativos, sin ánimo de lucro y, por lo tanto, autorizo que los fondos que se llegaren a recaudar por su divulgación se destinen a apoyar el financiamiento de los costos sufragados por la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario para la divulgación de esta u otra obra que publique con estos fines.

Igualmente, declaro que la obra es original e inédita y fue realizada por mí, sin violar o usurpar derechos de autor de terceros. Es de mi exclusiva autoría y detento la titularidad de sus derechos morales; garantizo que no contiene citas o transcripciones de obras no referenciadas; que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros ni contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

En caso de presentarse cualquier reclamación o acción por parte de un tercero en cuanto a los derechos morales o patrimoniales de autor sobre la obra en cuestión, asumiré toda responsabilidad y saldré en defensa de los derechos aquí otorgados.

Declaro que sobre la obra no pesa ningún gravamen, limitación en uso o utilización ni cesión de los derechos patrimoniales que impida desarrollar el objeto de la presente autorización.

Nombre: \_\_\_\_\_

(escriba su nombre completo)

Documento de identidad: \_\_\_\_\_

(especifique tipo de documento y número)

Dirección postal y electrónica de correspondencia: \_\_\_\_\_

Número de teléfono: \_\_\_\_\_

Firma:

Por favor diligencie el formulario y envíelo cuando presente el artículo al editor o director de la publicación. Es indispensable que el documento contenga su firma autógrafa.