

Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal

Sección de investigación

Actores no estatales: grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares. ¿Pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al Derecho penal internacional?

Mónica Rocha Herrera

Sección de ensayos de investigación

Seleccionados en la IV Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

O direito internacional penal como instrumento de resistência nos tribunais do povo: o Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador

Giovanna M. Frisso

Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso Fiscalía vs. Lubanga Dyilo

Natalia Paz Morales Cerda

El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?

Luciano Pezzano

La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Noelia Trinidad Núñez

Sección de reporte de jurisprudencia

Reporte de jurisprudencia

A. Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia: decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el caso de la Fiscalía contra Vlastimir Đorđević

Juan Camilo Serrano Uribe

B. Corte Internacional de Justicia: caso relativo a la aplicación de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Croacia contra Serbia) Decisión de fondo 3 de febrero de 2015

Gretta Natalia Hernández

Sección de reporte de doctrina

Reseñas bibliográficas

Reseña del libro: OLASOLO ALONSO, Héctor. Introducción al derecho internacional penal.

México D.F., Tirant lo blanc, Universidad del Rosario & Instituto Ibero-americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, 2014,

ISBN: 978-84-9086-261-2, 266 páginas.

Constanza Núñez Donald

JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL
CERTAMEN DE
ENSAYOS SOBRE

ANIDIP

Bogotá, Colombia - Volumen 4
Páginas 1 - 156 – ISSN: 2346-3120
Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip

ANIDIP

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal





ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, ANIDIP

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal

ISSNe: 2346-3120

Doi de la Revista: dx.doi.org/10.12804/anidip

DIRECTOR

Héctor Olasolo Alonso (España)

Profesor titular de carrera, Universidad del Rosario (Colombia)

Presidente, Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

EDITORA

Andrea Mateus Rugeles (Colombia)

Profesora de carrera, Universidad del Rosario (Colombia)

SECRETARÍA

Vanesa Bonilla Tovar (Colombia)

Pasante, Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Carlos Gabriel Jácome Romero (Colombia)

Pasante, Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

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)

Director, Observatorio Latino-Americano en Política Penal y Reforma (Uruguay)

Alejandro Kiss (Argentina)

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Holanda)

Natalia M. Luterstein (Argentina)

Profesora adjunta, Universidad de Buenos Aires (Argentina)

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 Andrés Burtado (Chile)

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, Universidad de Trento (Italia)

Sergio García Ramírez (México)

Investigador honorario, UNAM (México)
Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007-2010)

Klaus Kress (Alemania)

Catedrático y director del Instituto para la Paz y Seguridad, Universidad de Colonia (Alemania)

Francisco Muñoz Conde (España)

Catedrático, Universidad Pablo de Olavide (España)

Antonio Cezar Peluso (Brasil)

Expresidente de la Corte Suprema de Brasil
Catedrático, Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Carsten Stahn (Alemania)

Catedrático y director del Centro Grotius sobre Estudios Jurídicos Internacionales, Universidad de Leiden (Holanda)

John Vervaele (Holanda)

Catedrático, 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 (2015-2016) de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos
Magistrada (2003-2012) y vicepresidenta (2003-2006) de la Corte Penal Internacional
Magistrada (1993-1998) y vicepresidenta (1993-1995) del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

Sylvia Steiner (Brasil)

Magistrada (2003-2015) y presidenta de la División de Cuestiones Preliminares (2008-2011) de la Corte Penal Internacional

Universidad del Rosario

Rector

José Manuel Restrepo

Vicerrectora

Stephanie Lavaux

Síndico

Miguel Francisco Diago Arbélaez

Secretaría general

Catalina Lleras Figueroa

Decano

Juan Carlos Forero Ramírez

Vicedecana

Lina Céspedes Báez

Preparación editorial

Claudia Luque Molano

Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Carlos Eduardo Correa Montoya

Diagramación

Fredy Johan Espitia B.

Correspondencia

Carrera 6 N° 15-18 edificio Jockey Club

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

Ibero-Americano de La Haya

Héctor Olasolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Contenido

Doi del número: dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016

Editorial

Sobre la primera reacción de la fiscal de la Corte Penal Internacional al anuncio de creación de una Jurisdicción

Especial para la Paz en Colombia 6

Héctor Olasolo Alonso

SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

Actores no estatales: grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares. ¿Pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al Derecho penal internacional?14

Mónica Rocha Herrera

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la IV Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

O direito internacional penal como instrumento de resistência nos tribunais do povo: o Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador' .. 40

Giovanna M. Frisso

Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso Fiscalía vs. Lubanga Dyilo..... 65

Natalia Paz Morales Cerda

El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza? 86

Luciano Pezzano

La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional 105

Noelia Trinidad Núñez

* Ensayo ganador de la IV Edición del Certamen de Ensayos Blattman, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional.

SECCIÓN DE REPORTE DE JURISPRUDENCIA

Esta sección ha sido realizada con el acompañamiento
de la profesora Andrea Mateus Rugeles

**A. Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia:
decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional
Penal para la antigua Yugoslavia en el caso de la Fiscalía
contra Vlastimir Đorđević..... 126**

Juan Camilo Serrano Uribe

**B. Corte Internacional de Justicia: caso relativo a la aplicación
de la convención para la prevención y la sanción del delito de
genocidio (Croacia contra Serbia)
Decisión de fondo 3 de febrero de 2015 129**

Gretta Natalia Hernández

SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

Reseña bibliográfica

Reseña del libro: OLASOLO ALONSO, HÉCTOR.

Introducción al Derecho internacional penal. México D.F.,

**Tirant lo blanch, Universidad del Rosario & Instituto
Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos
Humanos y la Justicia Internacional, 2014,**

ISBN: 978-84-9086-261-2, 266 páginas..... 138

Constanza Núñez Donald

**Listado de jurados nacionales e internacionales:
IV Edición del Certamen de Ensayos Blattmann,
Odio Benito y Steiner 142**

**Normas para la publicación en el *Anuario Iberoamericano
de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*..... 150**

Sobre la primera reacción de la fiscal de la Corte Penal Internacional al anuncio de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia

Me complace darles la bienvenida al volumen 4 del ANIDIP, que continúa con el proyecto iniciado en 2013 para la promoción de la investigación, desde los distintos aspectos de las humanidades y las ciencias sociales, sobre la justicia internacional penal en lengua española y portuguesa. El lector observará que la estructura de este cuarto volumen no ha variado con respecto a los tres primeros, pues presenta una sección de “artículos de investigación”, elaborados por candidatos al doctorado, profesores universitarios y profesionales con diez años de experiencia profesional, una sección de “ensayos de investigación”, seleccionados por el jurado internacional de la IV edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner, y los ya tradicionales reportes de jurisprudencia y doctrina de 2015.

Si en volúmenes anteriores la sección de artículos de investigación del ANIDIP se ha dedicado a trabajos sobre temas nucleares del Derecho internacional penal (como el principio *nullum crime sine iure* o el sistema de cooperación de los Estados con los tribunales internacionales penales), cuestiones que amplían el horizonte tradicional de la justicia internacional penal (como el derecho humano a la paz, la memoria histórica y la justicia de transición) y el principio de justicia universal (herramienta esencial para terminar con la impunidad generalizada de los responsables de sus de crímenes internacionales, y así promover su efectiva investigación y sanción), en el presente volumen presentamos el trabajo de la profesora de la Universidad Iberoamericana de México DF, Mónica Rocha, sobre la comisión de crímenes internacionales por actores no estatales, grupos armados, milicias, señores de la guerra, organizaciones del crimen organizado y grupos paramilitares.

Se trata este, sin duda, de un tema de particular actualidad como lo demuestra el comunicado conjunto número 60, emitido hace apenas unos días (23 de septiembre de 2015) por el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, en el que presentaron

el acuerdo al que habían llegado en materia de justicia (“el Nuevo Acuerdo”), cuyo epicentro es la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz. Así mismo, su relevancia es muy significativa, pues al día siguiente del mencionado comunicado, la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatou Bensouda, realizó una primera declaración preliminar sobre el mismo, en la que afirmó que “cualquier iniciativa práctica y genuina que permita poner fin a las décadas de conflicto armado en Colombia, dando la debida consideración a la justicia como pilar esencial de una paz sostenible, es bienvenida por su oficina”. También, subrayó que “tenía la esperanza de que el acuerdo entre las partes para crear una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia cumpliera justamente con esto”, refiriéndose expresamente, con moderado optimismo, al hecho de que “el acuerdo excluye la concesión de amnistías por crímenes de guerra y de lesa humanidad, y está diseñado, entre otras cosas, para poner fin a la impunidad por los crímenes más graves”.

Dada la actualidad y relevancia del tema, creemos necesario explorar en estas líneas las razones que la fiscal de la CPI ha podido tener para expresar su moderado optimismo, cuando desde la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2012 sobre el “Marco Jurídico para la Paz” no ha dejado de expresar, en sus informes anuales sobre el examen preliminar en Colombia, su preocupación por las atribuciones que el mismo otorga al Congreso de la República.

Al analizar esta cuestión con base en la información públicamente disponible a 8 de octubre de 2015, es necesario tener en cuenta la diferencia significativa entre el papel que el Nuevo Acuerdo parece atribuir a la investigación, enjuiciamiento y castigo penal de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra) en un eventual proceso de transición en Colombia, y aquel al que la justicia penal había sido reducida en el Marco Jurídico para la Paz. En otras palabras, si este último condenaba a la justicia penal a ser un mero apéndice del proceso de transición, lo que se conoce del Nuevo Acuerdo parece restaurarle su condición de pilar autónomo y necesario del mismo, tal y como exige el Derecho internacional.

El modelo de justicia penal previsto en el Marco Jurídico para la Paz tenía como piedra angular la atribución expresa al Congreso de Colombia de la facultad constitucional para prohibir por vía legislativa al Fiscal General de la Nación el ejercicio de la acción penal por los crímenes internacionales más graves. La única limitación a esta amplísima facultad constitucional se refería a los delitos que, además de ser constitutivos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra: (i) hubieren sido cometidos de manera sistemática; (ii) tuviesen la suficiente gravedad; (iii) fueran representativos del actuar de las organizaciones o instituciones que los promovieron;

e (iv) involucrasen a los denominados ‘máximos responsables’. Sin embargo, incluso en estos casos se otorgaba al Congreso la facultad para establecer una pena alternativa de duración incierta, cuyo cumplimiento, según su versión original, podría realizarse en régimen especial (incluyendo el propio domicilio del condenado) o llegar a suspenderse (si bien la Corte Constitucional terminó por declarar inconstitucional dicha suspensión). De esta manera, el Marco Jurídico para la Paz convertía la investigación, el enjuiciamiento y el castigo penal de los crímenes de la competencia de la CPI en un mero apéndice del proceso de transición.

Es en este contexto, en el que hay que entender las reiteradas muestras de preocupación expresadas por la fiscal de la CPI en los últimos años, y que han sido plenamente compartidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre Colombia de 2014 y por varios organismos internacionales del sistema universal de protección de los Derechos Humanos. En definitiva, la esencia de lo que todos ellos han venido manifestando en estos últimos años se puede definir de la siguiente manera:

Cuando la justicia penal, por los crímenes que merecen un reproche social más profundo, se convierte en un mero apéndice de un proceso de transición, no cabe sino afirmar el incumplimiento por el Estado de las obligaciones, voluntariamente asumidas, de respeto y garantía frente a las graves violaciones de los derechos humanos, y de persecución penal de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI.

Ante esta situación, lo que se conoce del Nuevo Acuerdo, contiene, en varios aspectos, un distanciamiento muy significativo frente a un Marco Jurídico para la Paz, que ha contado con el problema adicional de no haber sido nunca expresamente aceptado por las FARC-EP.

Un primer análisis del Nuevo Acuerdo permite observar que serán objeto de la nueva Jurisdicción Especial para la Paz todos los delitos de genocidio y lesa humanidad cometidos por las distintas partes en el conflicto armado, lo que es de particular importancia teniendo en cuenta que, según afirma el profesor Jorge Giraldo en el informe de la Comisión para la Historia del Conflicto y las Víctimas (CHCV) de 2015, en un conflicto que ha dejado más de 250000 muertos y desaparecidos, el número de miembros de las partes enfrentadas muertos en combate entre 1985 y 2000 apenas llega a uno por cada ochenta víctimas mortales civiles, reduciéndose drásticamente la proporción a uno por cada trescientos ochenta en los años siguientes.

Según el Nuevo Acuerdo, las actuaciones no se limitarán a los “máximos responsables”, sino que se extenderán a todos aquellos que hayan participado directa o indirectamente en la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Además, como regla general parece que se impondrán unas penas alternativas de 5 a 8 años de restricción de libertad, que son similares a las que la Ley de Justicia y Paz estableció en 2005 para promover la desmovilización de decenas de miles de integrantes de grupos paramilitares, aunque si hay reconocimiento de responsabilidad, se pueden cumplir en establecimientos distintos de los centros penitenciarios.

Pero, sin duda, lo más relevante del Nuevo Acuerdo es la mención expresa de que las actuaciones penales que desarrollará la Jurisdicción Especial para la Paz se dirigirán a “acabar con la impunidad, obtener verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y juzgar e imponer sanciones a los responsables de delitos cometidos durante el conflicto armado, particularmente los más graves y representativos, garantizando la no repetición”.

Después de varios años escuchando en Colombia que la verdad y las reparaciones a las víctimas han de tener una naturaleza extrajudicial, y que las actuaciones penales poco o nada tienen que ver con las garantías de no repetición, nos encontramos ante un nuevo marco normativo que reconoce expresamente: (i) el valor de la verdad judicial sobre las responsabilidades individuales (que complementa la verdad contextual e histórica que tratan de ofrecer los mecanismos extrajudiciales); (ii) la efectiva contribución de la actividad judicial a las reparaciones a las víctimas; y (iii) la relevancia de los procesos penales en la construcción de garantías eficaces de no repetición. En otras palabras, si algo parece dejar claro el Nuevo Acuerdo, es el destierro de aquella visión de la justicia penal como mero apéndice de los procesos de transición, encarnada en el Marco Jurídico para la Paz, y el reconocimiento de su condición de pilar autónomo y necesario de los mismos.

Esto no significa que lo que se conoce del Nuevo Acuerdo no presente ambigüedades y genere preocupación en varios aspectos, incluyendo entre otros: (i) la exclusión de la jurisdicción especial de aquellos crímenes de guerra que sean considerados como “no graves” (y que en todo caso formarán parte de la competencia de la CPI); (ii) la vinculación de los crímenes de lesa humanidad al conflicto armado, así como la referencia a su tipificación en el código penal colombiano, cuando ningún tipo penal previsto en el mismo recoge los elementos contextuales que los caracterizan; (iii) la determinación de qué grupos de condenados, o actualmente procesados por crímenes internacionales ante los tribunales colombianos, podrán eventualmente beneficiarse de las penas alternativas previstas en la Jurisdicción

Especial para la Paz; (iv) la ambigüedad sobre el alcance de la verdad y la efectiva entrega de bienes para la reparación que deberán realizar quienes deseen acogerse a dicho régimen de penas alternativas; y (v) la posibilidad de que el genocidio o los crímenes de lesa humanidad puedan ser calificados como “no graves”, con el fin de evitar sanciones que constituyan una restricción efectiva de la libertad.

Sin embargo, ante el desconocimiento del texto íntegro del Nuevo Acuerdo, es difícil precisar en este momento el verdadero alcance de estas ambigüedades e inquietudes. Lo que por el contrario sí es posible afirmar con base en la información disponible, es que el Nuevo Acuerdo parece restaurar a la justicia penal en la posición central que, según el Derecho internacional, le corresponde en todo proceso de transición. De esta manera, nos encontraríamos mucho más cerca de esa debida consideración “como pilar esencial de una paz sostenible” a la que se refiere la fiscal de la CPI en su comunicado preliminar de 24 de septiembre de 2015. Por ello, como la propia fiscal ha subrayado, ahora lo importante es garantizar que la justicia penal permanece en esa posición, y que según se vaya conociendo la letra pequeña del Nuevo Acuerdo, se adopten las medidas necesarias para abordar las ambigüedades e inquietudes generadas por el mismo.

Pasando a los ensayos de investigación seleccionados para su publicación en el presente volumen del ANIDIP por el jurado internacional de la IV edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, estos son por primera vez cuatro, lo que indica que la calidad de los trabajos presentados al Certamen mejora cada año.

En primer lugar, se encuentra el excelente trabajo de Giovanna María Frisso sobre el funcionamiento, actuación y aportaciones del Tribunal Internacional para la Justicia Restaurativa, establecido por la sociedad civil en 2009 en El Salvador, ante la continua negativa de las autoridades estatales a cumplir con sus obligaciones de investigación, enjuiciamiento y castigo penal, así como de reparación integral a las víctimas, por los crímenes internacionales cometidos durante el conflicto armado que asoló el país entre 1981 y 1992 (la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de octubre de 2012 en el caso de El Mozote no ha sido suficiente para que las autoridades nacionales pongan fin a dicha negativa). Se trata de una experiencia única en el ámbito de la justicia internacional comunitaria que, como dice la autora, ha servido para que innumerables historias de sufrimiento, abuso y violencia ocurridas durante el conflicto armado, y que permanecían hasta ahora silenciadas, hayan comenzado a aflorar y a ser abordadas desde la perspectiva del Derecho internacional penal.

En segundo lugar, se recoge el ensayo de Natalia Paz Morales Cerda sobre la ausencia de una perspectiva de género en la CPI, cuyo análisis se centra en las actuaciones desarrolladas durante el primer caso ante la misma, el caso Lubanga. El ensayo expone como la falta de una perspectiva de género es una de las principales deficiencias del actual sistema de Derecho internacional penal, lo que se traduce en la existencia de una discriminación estructural en este ámbito dentro de la propia CPI. Para abordar este problema, la autora subraya que se requiere la adopción de medidas efectivas por parte del conjunto de la comunidad internacional, de manera que, con base en la identificación de aquellos rasgos que caracterizan la subordinación femenina y catalizan la comisión de crímenes internacionales, se creen las condiciones para que el género se convierta en un elemento transformador del Derecho.

En tercer lugar, se incluye el ensayo de Luciano Pezzano sobre el umbral de gravedad en el crimen de agresión. En el mismo, el autor aborda la cuestión relativa a si la definición de este crimen adoptada en la Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI celebrada en 2010 en Kampala (Uganda) crea una tercera categoría de usos ilícitos de la fuerza, lo que permitiría distinguir entre actos de quebrantamiento de la paz, actos de agresión y crimen de agresión; o si por el contrario ratifica la pertenencia de estos dos últimos al concepto de agresión, que, en cuanto forma más grave de uso ilícito de la fuerza, se distingue de otras formas menos graves constitutivas de actos de quebrantamiento de la paz.

Finalmente, se recoge el ensayo de Noelia Trinidad Núñez sobre la función de la costumbre internacional como fuente del derecho en el Estatuto de la CPI, que aborda distintas cuestiones relativas al contenido y alcance del principio de legalidad en este último, y su interacción con la costumbre internacional. Particular interés despierta su análisis sobre el recurso al derecho consuetudinario como criterio de interpretación de las definiciones de los delitos contenidos en el Estatuto de la CPI, incluso en perjuicio del imputado.

En el reporte de jurisprudencia elaborado por Juan Camilo Uribe y Gretta Natalia Hernández, con el acompañamiento de la profesora Andrea Mateus Rugeles, se ha incluido la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia en el caso contra Vlastimir Đorđević y la decisión de fondo de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre genocidio entre Croacia y Serbia. La primera decisión, dictada el 27 de enero de 2014, es particularmente relevante en varios aspectos relacionados con la doctrina de la empresa criminal común, mientras que la segunda, del 3 de febrero de 2015, presenta importantes desarrollos en torno a la definición y la prueba del dolo especial de destruir total o parcialmente al grupo protegido, característico del delito de genocidio.

Por último, en el reporte de doctrina, la investigadora del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Constanza Núñez comenta la obra del Prof. Héctor Olasolo, *Introducción al Derecho internacional penal* (Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario & Instituto Ibero-Americano de la Haya, México DF, 2014), del que la Prof. Núñez destaca en particular “la aproximación que realiza el autor a desarrollar los temas del DIP desde una perspectiva global y que apunta sus fundamentos, más allá de la técnica legislativa. Esta perspectiva es útil en los tiempos actuales, ya que permite entrar a los debates más profundos del DIP, que cuestionan su eficacia y función en el contexto global”.

Para concluir, quiero agradecer a la Casa Editorial de la Universidad del Rosario, a la editorial Tirant lo Blanch y al Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), por la confianza que desde sus inicios han depositado en este proyecto. Asimismo, quiero dar las gracias a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este cuarto volumen del ANIDIP, en especial a la profesora Andrea Mateus Rugeles y a los pasantes del Instituto Iberoamericano de la Haya, Vanessa Bonilla Tovar y Carlos Gabriel Jácome Romero.

Llegados a este punto, me permito invitar al lector para que, con ese espíritu crítico que le caracteriza, se adentre en las páginas de este nuevo volumen del ANIDIP que con tanta ilusión hemos preparado a lo largo de este último año.

Bogotá D.C., 8 de octubre de 2015,

Héctor Olasolo Alonso
Director ANIDIP.

SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

Actores no estatales: grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares. ¿Pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al Derecho penal internacional?

Mónica Rocha Herrera

Actores no estatales: grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares. ¿Pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al Derecho penal internacional?

Non-State Actors, Armed Groups, Militias, Warlords, Paramilitary and Organized Criminal Groups: ¿Can these Groups Commit International Crimes Under International Criminal Law?

Atores não estatais, grupos armados, milícias, senhores da guerra, grupos criminais organizados e paramilitares; podem acaso estes grupos cometer crimes internacionais conforme ao direito penal internacional?

Mónica Rocha Herrera*

Fecha de recepción: 1 de mayo de 2015.

Fecha de aprobación: 4 de octubre de 2015.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.01](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.01)

Para citar este artículo: Rocha, M. (2015). Actores No Estatales: grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares. ¿Pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al derecho penal internacional? Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP, 4, 14-38, doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.01](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.01)

* Profesora titular de la Cátedra Derecho Penal Internacional del Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, Campus Acatlán, México D.F. Profesora titular de Derecho Internacional del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Campus Ciudad de México. Ha sido profesional visitante en la Oficina del Fiscal en el ICTY; investigadora legal en la Oficina del Fiscal del ICTR; Ha sido Asesora en Derecho Internacional del Alto Mando de la Secretaría de la Defensa Nacional de México.

Resumen

El legado de los tribunales penales internacionales de la ONU, el ICTY y el ICTR han sido claros y consistentes en una jurisprudencia conducente a responder de manera afirmativa que aquéllos grupos de individuos conformados por actores 'No Estatales' como grupos armados, milicias, señores de la guerra, paramilitares e incluso grupos criminales organizados son susceptibles de cometer crímenes internacionales conforme al derecho penal internacional, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La Corte Penal Internacional ha asumido este legado y hoy sabemos que, con o sin la complicidad de las autoridades del Estado, y a partir de la escasa jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, estos grupos cometen crímenes de guerra como bien se estableció en la sentencia de Lubanga del 2012 y en Katanga del 2014 respectivamente. Crímenes de lesa humanidad a partir concretamente de la Decisión de Apertura de una Investigación para Kenia en 2010 donde la Sala a pesar de discrepancias adoptó la posición de que estos grupos organizados, con algún tipo de jerarquía y capaces de infringir los derechos humanos pueden ser considerados 'organización' en el sentido del artículo 7 del Estatuto de Roma. La comisión de genocidio por estos grupos en la CPI no la encontramos aún, pero el legado dejado por el ICTR y el ICTY es poderoso y elocuente.

Palabras clave: Tribunales penales internacionales ICTY y ICTR, Actores No Estatales, grupos armados organizados, milicias, señores de la guerra, paramilitares, organizaciones criminales, Corte Penal Internacional, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra.

Abstract

The legacy of the UN Ad Hoc Tribunals ICTY and ICTR is bold and consistent towards the definition of Non State Actors as alleged perpetrators of international crimes, more precisely war crimes and crimes against humanity. Non State Actors such as organized armed groups, militias, warlords, paramilitaries and even organized criminal groups have been found in the jurisprudence of the Ad Hoc UN Tribunals responsible for offenses in international criminal law. The ICC is the heir of this legacy and today we know that regardless of the participation of the State or State policy, Non State Actors are susceptible to commit international crimes. The already existing although scarce jurisprudence from the ICC, specifically that resulting from the Lubanga case in 2012 and Katanga in 2014 respectively, have both reinforced the notion that Non State Actors are susceptible to commit war crimes. As for crimes against humanity it was in the Decision to Open an Investigation for Kenya in 2010 that the ICC Chamber -despite a heated controversy- adopted

the view that organized groups with some kind of hierarchy and in the capacity to infringe human rights violations could be considered ‘organization’ within the meaning of Article 7 of the Rome Statute. As for Genocide there is still no jurisprudence in the ICC itself, nevertheless the richness left by the Ad Hoc UN Tribunals’ overall work is powerful and meaningful.

Keywords: ICTY, ICTR, ICC, Non State Actors, organized armed groups, militias, warlords, paramilitaries, organized crime, International Criminal Court, genocide, crimes against humanity and war crimes.

Resumo

O legado dos tribunais penais internacionais da ONU, o ICTY e o ICTR por suas siglas em inglês, tem sido claro e consistente em uma jurisprudência conducente a responder de maneira afirmativa que aqueles grupos de indivíduos conformados por atores Não Estatais como grupos armados, milícias, senhores da guerra, paramilitares e inclusive grupos criminais organizados são susceptíveis de cometer crimes internacionais conforme ao direito penal internacional, a saber, genocídio, crimes de lesa humanidade e crimes de guerra. A Corte Penal Internacional tem assumido este legado e hoje sabemos que, com ou sem a cumplicidade das autoridades do Estado, e a partir da escassa jurisprudência da Corte Penal Internacional, estes grupos cometem crimes de guerra como bem se estabeleceu na sentença de Lubanga do 2012 e em Katanga do 2014 respetivamente; crimes de lesa humanidade a partir concretamente da Decisão de Abertura de uma Pesquisa para Quênia em 2010, onde a Sala apesar de discrepâncias adotou a posição de que estes grupos organizados, com algum tipo de hierarquia e capazes de infringir os direitos humanos podem ser considerados ‘organização’ no sentido do artigo 7 do Estatuto de Roma. A comissão de genocídio por estes grupos na CPI não a encontramos ainda, mas o legado deixado pelo ICTR e o ICTY é poderoso e eloquente.

Palavras-chave: Tribunais penais internacionais ICTY e ICTR, Atores Não Estatais, Grupos armados organizados, Milícias, Senhores da guerra, Paramilitares, Organizações criminais, Corte Penal Internacional, Genocídio, Crimes de lesa humanidade, Crimes de guerra.

Introducción

La Comisión de Crímenes Internacionales por Actores No Estatales: tesis principal

Si la pregunta es si estos grupos organizados, Actores No Estatales, pueden cometer crímenes internacionales competencia de los tribunales penales internacionales, la

respuesta es sí. Esto conforme y en primera instancia, a lo establecido en la jurisprudencia de los dos tribunales de guerra de la ONU, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY) y su tribunal hermano, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) por sus siglas en inglés respectivamente. Por otro lado, por lo establecido también en la escasa, pero ya relevante jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI). Tanto en el ICTY y el ICTR ambos tribunales han resuelto casos de derecho donde se ha establecido la responsabilidad individual y la responsabilidad de mando de miembros de los grupos señalados anteriormente. En el caso del ICTY hay dos sentencias en relación a la responsabilidad individual y de mando de dos líderes paramilitares, el primero de ellos el comandante Mladen Naletilić [2006] alias, ‘Tuta’ y Vinco Martinović,[2006] alias ‘Stela’, su subordinado, dirigentes del funesto ‘Batallón de los Convictos’ al servicio de Croacia durante la Guerra de los Balcanes de los años noventa del siglo XX; así como la amplia referencia del trabajo criminal de estos grupos en otros casos resueltos en este mismo tribunal (Tomljanovich, 2013). En lo referente al ICTR, es ilustrativo el caso Rutaganda (*The Prosecutor v. George Rutaganda*, 2003), líder del temible Interahamwe, milicia al servicio del Estado genocida durante el conflicto armado en Ruanda de abril a junio de 1994. En relación a la CPI, la definición que hace del término ‘organización’ conforme al artículo 7.2 del Estatuto de Roma en la Decisión de Apertura para una Situación para Kenia (2010) en la Sala de Cuestiones Preliminares II, donde incorpora a grupos armados organizados, con estructura de mandos, jerarquía y capacidad de infringir o lesionar ‘los derechos humanos’ ha sido novedosa por decir lo menos, sino monumental. Esta decisión introduce no sólo el término derechos humanos, sino, además, que estos puedan ser violentados no sólo por el Estado, sino por grupos incluso de la delincuencia organizada que cumplan con los requisitos necesarios para cometer crímenes internacionales, a saber, y en particular, crímenes de lesa humanidad¹.

William Schabas ya indica en el marco de la firma del acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona en 2002 a fin de crear la Corte Especial para Sierra Leona, que las atrocidades cometidas por Actores No Estatales en conflictos armados de carácter no internacional son punibles como ofensas en materia de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (Schabas, 2002, pp. 15-18). Lo

1 Hay cuatro categorías de crímenes internacionales en el Estatuto de Roma de 1998 que entró en vigor en julio de 2002, ellas son genocidio (artículo 6), crímenes de lesa humanidad (artículo 7), crímenes de guerra (artículo 8) y agresión (artículo 5), donde la Corte que ya adoptó una definición para agresión y crimen de agresión en la Conferencia de Kampala del 2010, ejercerá su competencia a condición de que se adopte una decisión después del 1 enero del 2017 por la misma mayoría de Estados Partes requeridos para la aprobación de una enmienda conforme al Estatuto de Roma.

anterior, añade Schabas, se encuentra ya endorsado en el mismo Estatuto de Roma de la Corte Penal. En otras palabras, Actores No Estatales pueden ser susceptibles de cometer crímenes internacionales como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra para la Corte Penal Internacional. Asimismo, en un trabajo más reciente de Lekha Sriram et al (2009, p. 66), se asegura que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la comisión de genocidio sin importar quien es el perpetrador; sea éste agente del Estado o bien miembros de grupos armados organizados sin ninguna conexión con el Estado.

Como dice Kolb & Gaggioli (2013, pp. 161-162), cada vez es más aceptado en Naciones Unidas y en la doctrina que los grupos armados tienen obligaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos cuando estos tienen control sobre cierta parte del territorio o control de éste, permitiéndoles ejercer funciones de gobierno de facto como puede ser las FARC-EP en Colombia. A diferencia del derecho internacional de los derechos humanos donde encontramos que es el Estado a través de sus representantes los que violan derechos humanos, en materia de derecho internacional humanitario la comisión de crímenes de guerra, y como menciona Schabas en materia de crímenes de lesa humanidad y genocidio los perpetradores pueden ser Actores No Estatales.

Si bien la premisa anterior parece cada vez más cierta en la doctrina que ofensas en materia de crímenes internacionales pueden ser llevadas a cabo por Actores No Estatales en la Corte Penal Internacional, aún no se tiene ninguna sentencia que avale la autoría como responsables principales y/o accesorios de estos grupos organizados en la comisión del crimen de genocidio. Sin embargo, sí hay evidencia de grupos armados organizados cometiendo crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, esto último se vio en el veredicto de Lubanga (2012) y más recientemente de Katanga (2014) donde la Sala de Primera Instancia en este último concluyó ‘más allá de la duda razonable,’ que los combatientes Ngiti que tenían como objetivo de ataque la población civil de Bogoro, eran una organización conforme al Estatuto de Roma en su artículo 7 (2) y eran responsables de haber cometido el 24 de febrero de 2003 asesinato como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra de conformidad a los artículos 7 (1) (a), y 8 (2) (c) (i), y 8 (2) (e) (i) del Estatuto (*The Prosecutor v. Germain Katanga*, 2014). No se habla en las sentencias de Lubanga y Katanga respectivamente de grupos organizados criminales como tales, aunque como se dijo antes, el antecedente de ‘grupos criminales’ ya se asentó con la jurisprudencia de Kenia de 2010². Para poder explicar lo afirmado en Kenia en 2010,

2 Cfr. En la página 19, referencia del término ‘organización’ la Corte conforme al artículo 7.2 del Estatuto de Roma en la *Decisión de Apertura para una Situación para Kenia* [2010].

es obligatorio estudiar el enorme bagaje que existe fruto del trabajo en el ICTY y en el ICTR por más de veinte años donde se divulgaron un número importante de casos, en los cuales hay amplia referencia a miembros de grupos paramilitares y/o grupos criminales, milicias, y señores de la guerra organizados en grupos armados. Entonces parece más que natural que la Corte Penal haya recogido este legado conformando su propia jurisprudencia donde ha confirmado los hallazgos de los tribunales de guerra de la ONU.

1. La responsabilidad criminal de los grupos armados, paramilitares, milicias y grupos del crimen organizado coludidos con el Estado: la jurisprudencia del ICTY

La responsabilidad del Gobierno de un Estado al asumir o asimilar a grupos armados o paramilitares como anexos a sus ejércitos atrae grandes responsabilidades a los mismos, sobre todo cuando estos cometen graves violaciones al derecho internacional humanitario. La jurisprudencia del ICTY ofrece amplia evidencia en este aspecto en medio de un cruento conflicto armado que se desarrolló en la antigua Yugoslavia de 1992 a 1995, el cual fue de gran complejidad por el involucramiento de nuevos Estados, como Croacia y Bosnia Herzegovina que surgían de la debacle enfrentándose a los remanentes de la República de Yugoslavia de la cual Serbia se esforzaba por conservar conquistando territorio al mismo tiempo que ejercía una férrea política de limpieza étnica de las poblaciones distintas a las serbio-bosnias³. Sin embargo, y es justo decir, no solamente los serbio-bosnios que crearon la Republika Srpska o la República Serbia de Bosnia Herzegovina en 1992 como reacción ante la declaración de independencia de Bosnia Herzegovina de mayoría bosniaca-musulmana, utilizaron el terror como instrumento de guerra para librar sus batallas y obtener territorio. Croacia y Bosnia Herzegovina respectivamente utilizaron también a grupos armados o paramilitares como armas de guerra.

Como bien dice el experto en grupos armados Bill Tomljanovich del ICTY, las unidades especiales creadas, fomentadas e incorporadas en el aparato policiaco y militar

3 [...] *This is not so say that acts described as 'ethnic cleansing' may never constitute genocide, if they are such as to be characterized as, for example, 'deliberately inflicting on the groups conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part, contrary to Article II, paragraph (c), of the Convention, provided such action is carried out with the necessary specific intent (dolus specialis), that is to say with a view to the destruction of the group, as distinct from its removal from the region [...] a clear distinction must be drawn between physical destruction and mere dissolution of a group. The expulsion of a group or part of a group does not in itself suffice for genocide.*

The Judgment of the International Court of Justice in the "Genocide" Case between Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, April 13 2007:46, ILM 185 [2007] pp. 237-238

e incluso toleradas por los gobiernos de la antigua Yugoslavia, no eran conformadas por civiles ordinarios, sino en su gran mayoría provenían de mafias yugoslavas, algunos emigrados de Alemania como ‘Tuta’ con carreras criminales consolidadas cuya disponibilidad para llevar a cabo el ‘trabajo sucio’ de los políticos, ejércitos y cuerpos policíacos a los cuales estaban ‘subordinados’ era infinita. En su trabajo *Organized Criminals as War Criminals*, Tomljanovich expande como dichos grupos cuyos reclutas provenían en mayor medida del ‘inframundo del crimen’, fueron rápidamente encabezados por líderes criminales algunos carismáticos como Željko Ražnatović, alias ‘Arkan’ y sus ‘tigres’ empleados por los serbio-bosnios, siendo utilizados entre tantos otros servicios, como instrumentos del terror no solamente por los crímenes más atroces que se pueden imaginar que ocurrieron en esa región del mundo durante el conflicto armado y del cual nuestra memoria se fija sobre todo, pero no solamente, en Srebrenica en 1995 con la muerte de alrededor de 8000 bosniacos a manos del ejército serbio-bosnio y del grupo armado los Escorpiones al servicio de la cúpula militar y política serbio bosnia.

1.1. Actores No Estatales cometiendo crímenes de guerra en la antigua Yugoslavia

Entre los grupos paramilitares más importantes bajo el ‘control’ de las distintas facciones gubernamentales durante el conflicto, utilizados bajo la figura jurídica bien conocida en los tribunales del ICTY y ICTR, *Joint Criminal Enterprise*, o Empresa Criminal Conjunta donde se comparte responsabilidad criminal entre las partes en el plan de conspiración, tenemos, al Batallón de Convictos de ‘Tuta’ y ‘Štela’, basados en Mostar al servicio de Croacia. Estos líderes paramilitares han sido los únicos cabecillas de estos grupos delincuenciales que enfrentaron un juicio en el ICTY y fueron condenados, en el caso de Mladen Naletilić ‘Tuta’, a veinte años de prisión por los siguientes crímenes de guerra y de lesa humanidad respectivamente (*The Prosecutor v. Mladen Naletilić, a.k.a “Tuta” Vinko Martinović, a.k.a. “Štela”, 2006*):

- *Torture; wilfully causing great suffering or serious injury to body or health; unlawful transfer of a civilian (grave breaches of the Geneva Conventions).*
- *Unlawful labour; wanton destruction not justified by military necessity; plunder of public or private property (violations of laws or customs of war).*
- *Persecutions on political, racial and religious grounds; torture (crimes against humanity).*

‘Štela’ subordinado de ‘Tuta’ fue condenado a dieciocho años de prisión por los siguientes crímenes de guerra y de lesa humanidad (*The Prosecutor v. Mladen Naletilić, a.k.a. “Tuta” Vinko Martinović, a.k.a. “Štela”*, 2006):

- *Inhumane treatment; wilfully causing great suffering or serious injury to body or health; wilful killing; unlawful transfer of a civilian (grave breaches of the Geneva Conventions).*
- *Unlawful labour; plunder of public or private property (violations of the laws or customs of war) Persecutions on political, racial and religious grounds, inhumane acts, murder (crimes against humanity).*

Asimismo, en el juicio que se les siguió, el Tribunal determinó que ‘Tuta’ fue uno de los cabecillas de los grupos paramilitares que formaron parte del ataque a Mostar en Croacia el 9 de mayo de 1993. El hecho de que ‘Tuta’ fuera el comandante de su unidad paramilitar fue un factor agravante, pues se le aplicó la responsabilidad que tenía como superior jerárquico ante sus hombres, a los cuales en lugar de tener bajo control indujo al crimen y violencia. (*The Prosecutor v. Mladen Naletilić, a.k.a. “Tuta” Vinko Martinović, a.k.a. “Štela”*, 2006, p. 248).

Otra figura importante como líder de grupos paramilitares sin duda lo fue Arkan y su Guardia Serbia Voluntaria conocida como ‘los Tigres de Arkan’ (*Srpska dobrovoljačka garda*) que estaba al servicio de los serbio-bosnios con Radovan Karadžić Presidente de la Republika Srpska y Supremo Comandante de sus fuerzas armadas, así como de Ratko Mladić, Comandante del Ejército serbio-bosnio (VRS). Arkan era bien conocido por su pasado criminal, la policía serbia conocía bien su récord. Sin embargo, cuando fue elegido por la policía y ejército serbio-bosnio como cabecilla no fue a pesar de su pasado criminal, sino precisamente por ello (Tomljanovich, 2013, p. 9). Inmediatamente después de que funda su grupo paramilitar enlistó a serbios-croatas a los que los incita a resistirse al gobierno de Croacia. Durante todo 1991 hay evidencia de que Arkan y sus hombres combatieron en la región de Eslavonia al Este de Croacia considerado uno de los frentes de guerra más cruentos. Durante 1993, encontramos a Arkan otra vez, pero ahora bajo las órdenes del comandante Mile Novaković y Milan Martić entonces Secretario del Ministerio de Asuntos Interiores de la Republika Srpska, este último condenado por el ICTY. La actuación de Arkan se registra incluso hacia 1999 cuando después de su activa participación durante la guerra en 1995 en Bosnia Herzegovina es llamado a participar ahora en el frente de Kosovo Polje, para lo cual Arkan y sus hombres, que portaban pases de identificación de seguridad del Estado Serbio, estaban organizados como parte de la policía (*The Prosecutor v. Mladen Naletilić, a.k.a. “Tuta” Vinko Martinović,*

a.k.a. “Štela, 2006, p.10).⁴ No ha sido posible determinar con cuantos hombres disponía Arkan en su unidad paramilitar, ni la extensión de los crímenes cometidos. Sin embargo, hay amplia evidencia en la jurisprudencia del ICTY de los mismos. En la sentencia del caso Krajisnik, segundo a bordo de Radovan Karadžić el tribunal describe una de tantas atrocidades cometidas con el plan de limpiar étnicamente los territorios bajo disputa en este caso la municipalidad de Bijeljina por parte de los serbio-bosnios, utilizando a Arkan y su grupo armado como arma de guerra y terror (*The Prosecutor v. Momčilo Kranjišnik*, 2006, p. 118):

The Chamber concludes that at least 52 persons of mainly Muslim ethnicity were killed by Serb forces in Bijeljina municipality in April-September 1992. After the take-over of Bijeljina in early April, paramilitary groups, in particular Arkan’s men, terrorized mainly Muslims through killings, rapes, house searches, and looting. During the summer of 1992, two mosques in Bijeljina town were damaged or destroyed. From at least July 1992, Muslims in Bijeljina were targeted by an organized campaign of looting and expulsion. Many Muslims were transferred out of the municipality and from there fled to Muslim- controlled territory. Serbs also detained Muslim and some Croat civilians in nine detention centres in the Bijeljina municipality under harsh conditions. In the Batković camp, detainees originated from a large number of different municipalities, and were subjected to forced labour at the front lines. In September 1992, the Bijeljina SDS implemented a plan to expel the remaining Muslim population. The Chamber finds that large numbers of Muslims left the municipality out of fear.

Boca y los Escorpiones es otro grupo armado paramilitar al servicio de los bosnios serbios donde debemos detenernos un poco, pues a este grupo se le atribuye en la jurisprudencia del ICTY gran parte de la responsabilidad criminal por el genocidio en la localidad de Srebrenica en Bosnia Herzegovina en 1995. En el caso que actualmente se le sigue al acusado Ratko Mladić, el entonces comandante del ejército serbio-bosnio (VRS), la Fiscalía ha argumentado la complicidad de la Republika Sprska con la unidad de paramilitares los Escorpiones a la paga del Departamento de Seguridad Pública del Estado de Serbia (MUP) (*The Prosecutor v. Ratko Mladić*, 2011)⁵:

⁴ Ibid. p.10.

⁵ Ver ICTY, *The Prosecutor of the Tribunal Against Ratko Mladić.*, Case No. IT-09-92-PT, Fourth Amended Indictment, 16 December 2011, p. 11.

Members of this criminal Enterprise implemented their objective by personally committing crimes, and/or through and by using others to carry out crimes committed in furtherance of their objective. Those used to carry out these crimes were members of the VRS and MUP operating in or with responsibility over territory within the Drina Corps area of responsibility and/or Trnovo municipality and a Serbian MUP called the Scorpions (Srebrenica Forces).

Hoy sabemos con claridad que de todos los episodios de violencia sufridos en la guerra de 1992 a 1995 en Bosnia Herzegovina, solo el episodio de Srebrenica donde fueron ejecutados 8000 bosnios-musulmanes por parte de las fuerzas de ocupación de Ratko Mladić, y donde presuntamente participó la unidad paramilitar de los Escorpiones, es considerado como genocidio. Así, se estableció en la Sentencia de Apelación del entonces Comandante del Cuerpo Drina del VRS, ejército serbio-bosnio, el General Kristić, y en cuya jurisdicción se encuentra Srebrenica (*The Prosecutor v. Radislav Kristić*, 2004, párr. 37-38):

By seeking to eliminate a part of the Bosnian Muslims, the Bosnian Serb Forces committed genocide. They targeted for extinction the forty thousand Bosnian Muslims living in Srebrenica, a group which was emblematic of the Bosnian Muslims in general. They stripped all the male Muslim prisoners, military and civilians, elderly and Young, of their personal belongings and identification, and deliberately and methodically killed them solely on the basis of their identity [...] The Appeals Chamber states unequivocally that the law condemns, in appropriate terms, the deep lasting injury inflicted, and calls the massacre at Srebrenica by its proper name: genocide.

Según el caso Tolimir (*The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, 2012) quien ha sido enjuiciado y sentenciado por genocidio en el ICTY cumpliendo actualmente su condena, los Escorpiones formaron parte de los operativos de limpieza étnica, ellos eran equipados militarmente, dotados de uniformes e incluso recibían salarios, además, se les permitía la rapiña al asolar a las poblaciones víctimas del terror (Tomljanovich, 2013, pp. 10-11). Ni Boca ni sus Escorpiones fueron juzgados en el ICTY, pero hay amplia referencia a ellos en otros casos también como lo es en la Sentencia de Dordević donde el Tribunal los asume como un grupo paramilitar bajo las órdenes de Serbia durante la campaña de Kosovo en 1999 (*The Prosecutor v. Vlastimir Dordević*, 2011, p.80):

The Chamber rejects the Defence submission that the (irregular) incorporation of the Scorpions into the SAJ (Special Anti Terrorist Unit) meant that the MUP (Public Security Department of Serbia) did not engage the Scorpions as a paramilitary group during the relevant time. Given the common knowledge that the Scorpions were a paramilitary unit that had participated in wars in the former Yugoslavia, the Chamber further finds entirely unconvincing the evidence of Defence witness Radislav Stalevi that MUP organs did not know that the Scorpions were a known paramilitary unit before they were incorporated into the MUP as a reserve force.

Durante la guerra en Bosnia Herzegovina que se dio de 1992 a 1995, y posteriormente en 1998 en el conflicto armado en Kosovo en contra de Serbia, fueron muchos los grupos armados, y/o paramilitares que participaron en los combates y que conforme a diversa jurisprudencia del ICTY, han sido referidos como presuntos responsables o corresponsables de crímenes internacionales. Entre estos grupos bajo el mando serbio-bosnio figuran claramente el Capitán Dragan y la JSO/Unidad de Propósitos Especiales, financiados por el aparato de seguridad de Serbia como una unidad especial de policía; Mauzer y sus Panteras, donde el primero llegó a formar parte del Departamento de Seguridad e Inteligencia en el destacamento de Bosnia Oriental del VRS (ejército serbio-bosnio) (*The Prosecutor v. Momčilo Kranjišnik*, 2006, p. 116); Lugar y sus Lobos Grises, eran pagados por el Ministerio de Asuntos Internos y de Seguridad de Serbia de 1992 a 1995 (Tomljanovich, 2013); los Lobos de Vučjak, quienes al tomar la televisora de Banja Luka y Prijedor, se dedicaron a emitir propaganda nacionalista serbia, además, participaron en los crímenes de Bosanka Krajina en 1992 (Tomljanovich, 2013); los Lobos de Drina era una unidad de la Brigada de Zvornik, que presuntamente también participó en el genocidio de Srebrenica, Milan Jolović, alias 'Legenda', fue nombrado Subcomandante de la Brigada (*The Prosecutor v. Vujadin Popović*, 2010, p. 94); las Avispas amarillas dirigidas por Vojin Vučković tenía como punto de origen Belgrado en Serbia y estaba subordinado al VRS (Tomljanovich, 2013, p. 14). En relación a grupos paramilitares bajo las ordenes del ejército de Bosnia Herzegovina o bosniaco, ninguno de sus miembros ha sido llevado a juicio ante el ICTY⁶, aunque hay evidencia de atrocidades cometidas

6 Entre ellos figuran Jusuf Prazina 'Juka', lo hicieron comandante de las fuerzas especiales del ejército de Bosnia Herzegovina, sin embargo, se vio en otros casos ante el ICTY que Juka colaboraba con 'Tuta' y llevaba ataques en contra de su propio grupo étnico. Zuka y sus hombres que presuntamente participaron en la masacre de Grabovica, de 1993 formaron parte en los alegatos que se le siguió a Sefer Halilović. Aquí se rebeló que los incontrolables Mujahedin, se encontraban bajo el control del General Delic el

por estos como la referida entre septiembre y octubre de 1992 y marzo de 1993 en contra de serbios detenidos en la estación de policía de Srebrenica en una casa conocida como el 'edificio'. El comandante Orić, quien era superior jerárquico de estos grupos adjudicados a su unidad militar, no fue encontrado responsable de las atrocidades cometidas en ese lugar, pues no se demostró que tuviera control efectivo sobre la unidad de paramilitares que entraban por la noche para torturar a los prisioneros. Sin embargo, el tribunal sí lo encontró culpable de no ejercer control como superior jerárquico sobre la policía (*The Prosecutor v. Naser Orić*, 2008, p. 11)⁷. Entre los paramilitares croatas figuran Maturice/Apostoli conocido por sus actos abominables en contra de los bosnios-musulmanes; o bien las unidades paramilitares del Valle de Lašva, entre ellos Vitezovi, Darko Kraljević, los Jokers y Bralo. Todos estos grupos delincuenciales formaban unidades especiales subordinadas al HVO, ejército croata. Fue notoria su participación en los combates en Vitez y más notoriamente en el ataque en Ahmići. En el caso Kupreškić, el tribunal hizo notar que el propósito del ataque era destruir el mayor número posible de casas musulmanas, matar a los hombres en edad militar y obligar a los demás abandonar la localidad (*The Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al*, 2000, p. 121)⁸:

The Trial Chamber considers that the Prosecution has adduced convincing evidence to show that the attack on Ahmici on 16 April 1993 was planned by HVO forces and the special unit of the Croatian Military Police called the Jokers. The Croatian inhabitants of Ahmici, or at least those of them who belonged to the HVO or were in contact with Croatian armed forces, knew that in the early morning of the 16 April 1993, Croatian forces would initiate a massive military attack.

cual después los puso bajo el mando de Zuka. Está también Ramiz Delalić Čelo originario de Serbia, se convirtió en un comandante militar y estuvo presuntamente involucrado en la masacre de Grabovica. Testificó para la Fiscalía en el caso que se siguió en contra de Sefer Halilović siendo su testimonio frecuentemente utilizado al argumentar que Halilović conocía de los crímenes en Grabovica. Su testimonio fue desechado, pues el tribunal estableció que no existía prueba que corrobora su testimonio, declarando que el acusado no tenía el control efectivo para castigar a los perpetradores de la masacre. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, *The Prosecutor v. Sefer Halilović*. Case No. IT-01-48 A, Appeals Judgment, 16 October 2007, p. 19, recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/halilovic/acjug/en/071016.pdf>

7 Ver ICTY, *The Prosecutor v. Naser Orić*. Case No. IT-03-68-A, Appeals Judgment, 3 July 2008, p. 11

8 Ver ICTY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al*, Case No. IT-95-16-T, Trial Judgment, 14 January 2000, p. 121.

1.2. Actores No Estatales, grupos armados, paramilitares, milicias, grupos organizados de la delincuencia cometiendo crímenes de lesa humanidad

Como hemos visto a lo largo de este trabajo solamente dos líderes de grupos armados, o paramilitares subordinados a la política o a los ejércitos de las partes involucradas en el conflicto han enfrentado juicio ante el ICTY, en el caso conjunto de Mladen Naletilić⁹, alias ‘Tuta’ y Vinko Martinović, alias ‘Štela’. A ambos el tribunal los condenó por crímenes de guerra, pero también por crímenes de lesa humanidad de conformidad con el Estatuto del ICTY que a la letra dice¹⁰:

Artículo 5 Crímenes contra la humanidad: El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando estos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a. Asesinato
- b. Exterminación
- c. Reducción a la servidumbre
- d. Expulsión
- e. Encarcelamiento
- f. Tortura
- g. Violaciones
- h. Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos
- i. Otros actos inhumanos

Entonces sí es posible que estos grupos armados con las características que hemos analizado puedan ser susceptibles de ser llevados a una corte de derecho internacional por la comisión de crímenes internacionales. El legado del ICTY en este sentido es muy valioso, pues la Corte Penal Internacional sin duda ha tomado de ella para poder afirmar en su propia jurisprudencia, aunque escasa por ser un tribunal relativamente joven, que dichos grupos armados puedan cometer no solo crímenes de guerra -como fue establecido en la jurisprudencia dejada por Lubanga (2012), al encontrarlo culpable de reclutamiento de niños soldados- sino también crímenes de lesa humanidad. Veamos que se lee del artículo 7 del Estatuto de Roma en materia de crímenes de lesa humanidad (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional):

9 Cfr. Páginas 22 y 23 para sentencias de de Mladen Naletilić, alias “Tuta” y Vinko Martinović, alias “Štela”
 10 Ver Documentos, *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia*, Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, 25 de mayo de 1993 .

1. 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:
 - a. Asesinato
 - b. Exterminio
 - c. Esclavitud
 - d. Deportación o traslado forzoso de población
 - e. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional
 - f. Tortura
 - g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable
 - h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte
 - i. Desaparición forzada de personas
 - j. El crimen de apartheid
 - k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. [...]

El Estatuto es claro al especificar lo siguiente (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 7)¹¹:

11 Ver documentos, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*

Figura 1. Autores de ataque a la población civil

2. A los efectos del párrafo 1

Por "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 [...]

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede. [Énfasis añadido]

Fuente: Cátedra MRH Universidad Iberoamericana. México 2015

La inclusión de ataque a la población civil conforme a una política de Estado o de una organización en el Estatuto de Roma es sin duda muy novedosa, sobre todo en lo referente a la organización. No hay duda que los redactores del Estatuto no omitieron la jurisprudencia del ICTY y del ICTR en los *travaux préparatoires*. Sin embargo, no alcanzaron a definirlo en el Estatuto, pues este último no especifica qué se entiende por 'organización' susceptible de cometer crímenes de lesa humanidad, o bien de promover una política dirigida a ese fin. La respuesta la encontraremos en la misma jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, en la apertura para una investigación para Kenia en 2010. Veamos el siguiente recuadro:

Figura 2. Actores Internacionales cometiendo crímenes de lesa humanidad

- En la Primera Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares con número ICC-01/09-19 para abrir una investigación para Kenia del 31 de marzo del 2010, a partir de una iniciativa motu proprio del Fiscal (artículo 15 del ER), **la Corte infirió que no sólo el Estado es capaz a partir de una política de Estado cometer crímenes de esta naturaleza, sino un actor nacional, una organización o 'colectividad organizada en algún tipo de jerarquía y que actuando juntos con un propósito criminal común, sean capaces de formular e implementar políticas de ataques a una población civil en amplia escala.'** (AJIL 105:3 p. 545). Asimismo no es ni siquiera un número masivo de muertos lo que hace calificar un acto como crimen de esta categoría sino su gravedad y el contexto en el que está inmerso donde los elementos del crimen están presentes (AJIL 105:3, pp. 544-547).

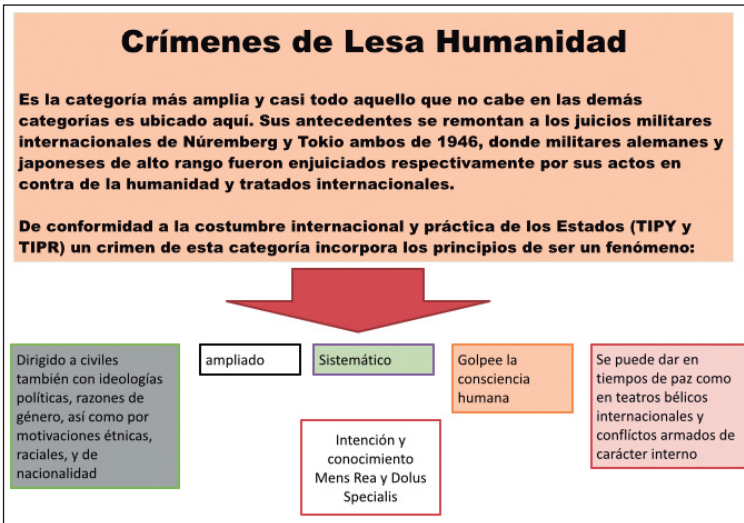
SITUACIÓN EN KENIA CPI

Fuente: Cátedra MRH Universidad Iberoamericana, México 2015

Por una organización la Corte Penal Internacional infiere entonces de manera clara y cristalina un actor nacional o colectividad organizada con algún tipo de jerarquía que actúa con un propósito criminal común. No hay duda, el legado que ha significado la jurisprudencia y la experiencia de los dos tribunales de guerra de la ONU, el ICTY y el ICTR sustentan esta aseveración. En el ICTR, por ejemplo, los grupos paramilitares y milicias con claras conductas delictivas como lo fue Interahamwe, en mayor medida, armados y entrenados por el ejército y gobierno de Ruanda antes del genocidio se conforman como un valioso antecedente para dicha tipificación.

Los elementos del crimen de lesa humanidad incorporados en el artículo 7 del Estatuto de Roma son también aplicables a la ‘organización’ a fin de que las conductas delictivas de estos grupos sean considerados crímenes de lesa humanidad. Veamos el siguiente recuadro:

Figura 3. Elementos del crimen de lesa humanidad



Fuente: Cátedra MRH Universidad Iberoamericana, México 2015

Los elementos del crimen que hacen diferente a esta categoría de un crimen del orden común es justo la sistematicidad y su generalización. Debemos añadir a ello el elemento de la intencionalidad que en el Estatuto de Roma se aclara en el artículo 30 (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)¹²:

Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la

12 Ver Documentos, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
 - a. En relación con una conducta, se propone incurrir en ella.
 - b. En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. De que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

La Decisión de Apertura para una Investigación en Kenia en 2010 abrió un debate sobre si esos Actores No Estatales son capaces de llevar a cabo e implementar estas políticas de manera sistemática y a gran escala. Hans Peter Kaul, ya fallecido Juez de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal, argumentó que dichos entes privados u organizaciones para alcanzar dicha capacidad de actuar a fin de cometer crímenes de lesa humanidad solo es posible si se trata de Semi Estados. La controversia no prosperó mucho, pues la decisión igualmente se adoptó con una definición o espectro más amplio donde incluso se pueden incorporar grupos criminales cumpliendo con los requisitos necesarios para cometer crímenes de esta naturaleza.

Figura 4. Actores Internacionales cometiendo crímenes de lesa humanidad

<p style="text-align: center;">KENIA (2010) Decisión de Apertura de una Situación por la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI : grupos criminales a partir de una política de Estado cometiendo crímenes de lesa humanidad</p>	<p style="text-align: center;">DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II 31 DE MARZO 2010:</p> <p>Mientras algunos han argumentado que solo las organizaciones con un perfil de semi Estados pueden calificar, la Sala opina que la naturaleza formal del grupo y del nivel de su organización no debe ser el criterio definitorio. En lugar de ello como algunos otros lo han señalado de manera muy convincente, la distinción debe establecerse bajo el criterio de la capacidad del grupo de llevar a cabo actos que lesiones los derechos humanos básicos</p> <p style="text-align: center;">[La Sala cita y continua]:</p> <p>El elemento asociativo y su efecto inherentemente agravado, puede eventualmente ser satisfecho por organizaciones privadas esencialmente criminales, por lo que no se encuentran suficientes razones para distinguir los patrones de gravedad o los patrones de conducta dirigidos a entidades territoriales o por grupos privados, dada la capacidad de estos últimos de infringir los derechos humanos básicos.</p> <p style="font-size: small; text-align: center;">Yearbook of the International Law Commission, 1991, volume 1, part 1, para. 2, A/CN.4/LN.X/ANNEX.I/Rev.1, 1 (1991) on Decision Pursuant to Article 15 of the Statute on the Authorization of the Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, PCA Trial Chamber 6, No. ICC-01/09, 31 March 2010, p. 39</p>
<p>Opinión Disidente del Juez de la Sala de Cuestiones Preliminares Hans Peter Kaul</p> <ul style="list-style-type: none">• El Estatuto en relación a los crímenes de lesa humanidad incorpora todas estas consideraciones acomodando nuevos escenarios de amenazas los cuales pueden hacer tambalear las bases de la comunidad internacional y golpear profundamente la conciencia de esta. Dicha política puede ser también adoptada e implementada por entidades privadas. Sin embargo, de conformidad a lo anterior, las entidades privadas deben tener los recursos y medios disponibles que contribuyan a alcanzar la gravedad y la injusticia sistémica en los lugares donde se encuentre la población. Sería ese el caso de intervención de la comunidad internacional si por ejemplo, la mafia cometiera crímenes, digamos en amplia escala? Entonces un juicio teleológico me guía a adoptar una lectura más restrictiva del término 'organización' requiriendo entonces que estas 'organizaciones' deban ser del tipo de semi-Estados.	

Fuente: Cátedra MRH Universidad Iberoamericana 2015

2. Actores No Estatales y el Crimen de Genocidio, la jurisprudencia del ICTR

Como hemos visto en relación a los actos perpetrados por los grupos armados y paramilitares en la guerra de Bosnia Herzegovina, no tenemos jurisprudencia que nos permita con autoridad establecer en el ICTY que dichos grupos cometieron genocidio.

El juicio que se le siguió a ‘Tuta’ y ‘Stella’ no fue por genocidio, es más, como ya se ha explicado, solamente solo en el caso de la masacre de Srebrenica donde murieron 8 000 personas —donde presuntamente se atribuye gran parte de la responsabilidad criminal a grupos de delincuentes como Arkan y sus tigres, y/o a los Escorpiones, alineados al VRS de Bosnia Herzegovina— en ningún otro lugar en Bosnia Herzegovina se ha demostrado conforme a derecho que se haya cometido genocidio.

Tenemos que ir a buscar a Ruanda, en el genocidio de 1994 que cubrió de horror a todo el país y donde las estadísticas hablan de entre 800 000 a 1 000 000 de personas asesinadas brutalmente en un periodo de tres meses. Si hablamos de grupos paramilitares, milicias, grupos armados, y grupos delincuenciales, la referencia natural es la milicia de Interahamwe, brazo armado de civiles del Movimiento Nacional Republicano por la Democracia y el Desarrollo (MRND) dirigida por Georges Rutaganda, empresario en esa época y hoy sentenciado por el ICTR no solo por genocidio, sino por incitación al mismo, además de diversos cargos de crímenes de lesa humanidad. Rutaganda tuvo un papel muy importante no solamente en la dirección del Interahamwe, sino en abastecerlos de armas para llevar a cabo la destrucción de la etnia tutsi. Los hallazgos del tribunal basado en Arusha en el caso Rutaganda, sobre los acontecimientos sucedidos en la *École Technique Officielle* (ETO) en abril de 1994, y en el cual determinó la activa participación del acusado y de la milicia Interahamwe en su objetivo de matar a los miles de refugiados tutsis que escapaban de la violencia en la municipalidad de Kigali es descrita así¹³:

[T]he Chamber finds it established beyond a reasonable doubt that from 7 April to 11 April 1994, several thousand people, primarily Tutsis, sought refuge at the ETO. As all of the witnesses testified, they went to the ETO because UNAMIR troops were stationed there and they thought they would find protection there. The Interahamwe, armed with guns, grenades, machetes and clubs, gathered outside the ETO compound, effectively surrounding it. Colonel Leonides Rusinga separated Hutus from Tutsis at the ETO, prior to the attack, and

13 Ver ICTR, *The Prosecutor v. George Rutaganda* Case No: ICTR-96-3-T, Judgment and Sentence, *Ibid*.

several hundred Hutus left the ETO compound. When the UNAMIR troops left the ETO on 11 April 1994, the Interahamwe and members of the Presidential Guard entered and attacked the compound, throwing grenades, firing guns and killing with machetes and clubs. A large number of Tutsis, including many family members and others known to the witnesses, were killed in this attack. (*The Prosecutor v. George Rutaganda*, 2003),

La complicidad de miembros del gobierno del presidente ruandés muerto, Juvenál Habyarimana, después de la caída de su avión en 1994, y que fue seguida de la explosión de violencia en todo el país a fin de liquidar a la población tutsi ha quedado bien establecida en la jurisprudencia del ICTR. Por ejemplo, en el caso Nyiramasuhuko et al (*The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko*, 2011 p. 2)¹⁴, —actualmente en curso de juicio de apelación y también conocido como el caso Butare por la localidad donde se desarrollaron los eventos mayormente de genocidio en contra de los tutsis— quedó establecido en la sentencia del juicio la estrecha complicidad de funcionarios del gobierno con la milicia Interahamwe. El caso concierne a seis acusados: Pauline Nyiramasuhuko, quien se desempeñaba como Ministra de Asuntos de Desarrollo de la Mujer; Arsène Shalom Ntahobali, hijo de Nyiramasuhuko, estudiante en esa época y miembro de la milicia Interahamwe; Sylvain Nsabimana, prefecto de Butare del 19 de abril hasta el 17 de junio de 1994; Alphonse Nteziryayo, teniente coronel del ejército ruandés, que fue designado prefecto de Butare a partir del 17 de junio de 1994; Joseph Kanyabashi, alcalde de la comuna de Ngoma de 1974 a julio de 1994, y Élie Ndayambaje, alcaldesa de comuna de Muganza hasta el 18 de junio de 1994. Los cargos en contra de estos acusados fueron: conspiración para cometer genocidio; genocidio; crímenes de lesa humanidad por exterminio, asesinato y otros actos inhumanos, y crímenes de guerra. Todos ellos excepto Ntahobali fueron culpados por incitación directa y pública. Sin embargo, tanto Nyiramasuhuko como su hijo Ntahobali fueron acusados por violencia sexual como crimen de lesa humanidad, y crímenes de guerra. Cada uno de los acusados incluyendo Ntahobali que ejercía cierto liderazgo sobre Interahamwe fue acusado con la agravante de la responsabilidad de superior jerárquico. Nyiramasuhuko como miembro del Gobierno interino participó en muchas reuniones con sus cómplices a fin de discutir y planear la masacre de tutsis en la prefectura de

14 Ver ICTR, *The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko*, et al Case No. ICTR-98-42-T, Summary of Judgment and Sentence, p 2. 15 Idem, p. 4.

Butare. Esto dio como resultado la masacre de Butare con la milicia Interahamwe participando activamente. El tribunal calificó este episodio como genocidio¹⁵:

The following day, 20 April 1994, massive killings of people, mainly of the Tutsi ethnic group, began throughout Butare préfecture. The Trial Chamber has found this amounted to genocide, as the evidence established that they were committed with the intent to destroy, in whole or in part, this group al (The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, 2011 p. 4)

El tribunal entonces hizo la conexión entre la colaboración de las autoridades y las milicias Interahamwe, donde Ntahobali tuvo un papel preponderante. La relación entre esta milicia armada y representantes de gobierno quedó bien establecida:

On 21 April, Ntahobali participated in the abduction of some 40 Tutsis at a roadblock, and ordered the Interahamwe to take them near the IRST. Once there, Ntahobali ordered the Interahamwe to kill them. All told, approximately 200 Tutsis were killed at the IRST that day. The Chamber has found that Ntahobali is responsible for ordering these killings.

The evidence established that, elsewhere in Butare on 21 April, local authorities and members of the Interahamwe directed Tutsis to Kabakobwa Hill. At least 500 and up to 10,000 Tutsis went there to take refuge from the on going genocide. The next day, soldiers and civilians, along with Ngoma commune police officers, launched an attack against these Tutsis. At least hundreds, if not thousands, were killed. Attackers returned the following day to finish off any survivors.

3. La Corte Penal Internacional y los Actores no estatales cometiendo crímenes internacionales

Los dos tribunales de guerra de la ONU, el ICTR y el ICTY, pronto cerraran sus puertas; su mandato habrá terminado, dejando para la humanidad una gran herencia que se constituye como la base a partir de su jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, tribunal permanente. Con su individualidad la Corte Penal Internacional sin duda retomará como lo ha hecho hasta ahora mucho de lo que ha dejado la experiencia del ICTR y el ICTY. En materia de actores no estatales, grupos armados, milicias y/o paramilitares, así como grupos de la delincuencia organizada objeto de nuestro estudio, y su comisión de crímenes internacionales de la competencia de la Corte es ya sin duda trabajo de la misma. Las dos jurisprudencias

15 Idem, p. 4.

que revisamos donde la Corte ha encontrado responsabilidad individual penal en el caso de Lubanga (2012) y la Decisión de Apertura para una Investigación en Kenia (2010) dan buenos augurios de ir en el camino correcto para castigar estos crímenes perpetrados por miembros de grupos armados, milicias, paramilitares y grupos delincuenciales organizados. Es imperativo señalar que la responsabilidad imputable individualmente a los miembros de estos grupos sobre todo aquellos miembros de la delincuencia organizada, o grupos que siembren el terror, es por la perpetración de crímenes internacionales y no por su responsabilidad en delitos punibles en derecho doméstico de los Estados como lo es narcotráfico y terrorismo, este último lo que sea que signifique si tomamos en cuenta que aún no contamos con una definición del mismo a nivel de tratado internacional.

Nuestra preocupación en este ensayo es por la comisión de crímenes internacionales. Ahora ya sabemos y podemos concluir, conforme al derecho penal internacional, que los miembros de estos grupos sí son susceptibles de cometer estos crímenes, ya que hay autoridad a partir de la jurisprudencia penal internacional para afirmar esto como lo hemos visto a lo largo de este trabajo, pasando por la jurisprudencia del ICTR, ICTY y hoy también la Corte Penal Internacional. Esta última tiene mucho trabajo pendiente sobre el tema, teniendo abiertas investigaciones preliminares sobre la cuestión que nos ocupa como es el caso de Colombia en relación a grupos armados como las FARC-EP y su presunta comisión de crímenes de la competencia de la Corte. En relación a esas situaciones abiertas tenemos a Uganda, donde hay ordenes de arresto en contra de los líderes del Ejército de Resistencia del Señor (*Lord's Resistance Army*) por crímenes de guerra en materia de reclutamiento de niños soldados. El nombre de Joseph Kony y otros líderes de este grupo criminal son Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen, este último ya en custodia del tribunal. En el caso de la República Democrática del Congo, figura el nombre de Germain Katanga actualmente en custodia y sentenciado en 2014 a una condena de 12 años por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Katanga era supuestamente el Comandante de la Fuerza de Resistencia Patriótica de Ituri. Bosco Ntaganda, quien voluntariamente se entregó a la Corte, fue el Comandante de las Operaciones de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo. Este último enfrenta cargos de crímenes de guerra y de lesa humanidad. En relación a la situación abierta para la República Centroafricana, Jean-Pierre Bemba Gombo está en custodia por presuntos crímenes de guerra y de lesa humanidad mientras ocupaba el cargo de Presidente y Comandante en Jefe del Movimiento de Liberación del Congo. La Corte ha abierto una situación para Mali a partir de enero de 2012, donde grupos armados han aterrorizado a la población cometiendo actos

como asesinato, tortura, ejecuciones sin previo juicio, entre otros crímenes. No hay todavía nombres de personas presuntamente responsables. La Corte tiene investigaciones preliminares abiertas que son relevantes a la acción de Actores No Estatales y grupos armados que han cometido crímenes de lesa humanidad en Afganistán, Georgia y Guinea¹⁶. No es fortuito entonces que la comisión de crímenes internacionales en el mundo se dé en mayor medida en contextos de conflicto armado de carácter no internacional donde Actores No Estatales y grupos armados juegan un papel predominante. Este es el escenario que nos ha tocado ver hoy y que se ve reflejado por la naturaleza de las situaciones a investigar que enfrenta la CPI. Es un desafío, nuestro desafío producto de un mundo convulsionado por conflictos, en su mayoría, al interior de los Estados.

Referencias

Artículos y Manuscritos

- Cullen, A. (2010). *The Concept of Non International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law.
- Dinstein, Y. (2010). *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict. (2da Ed.)*. Cambridge: Cambridge University Press
- Kolb, R. & Gaggioli, G. (2013). *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing.
- Lekha, S. C. et al (2009). *War, Conflict and Human Rights. Theory and Practice (2nd Ed.)* NY, Routledge.
- Rocha, Herrera, M. (2011). La Fórmula Tadić (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia) y su aplicación en conflictos armados de carácter no internacional, *Guerrero Miztli*, Colegio de Defensa Nacional: México, 9, 3-12.
- Rocha, Herrera, M. (2015). Notas de cátedra en power point, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana.
- Schabas, W. (2002). Punishment of Non-State Actors in Non International Armed Conflict. *Fordham International Law Journal*, 26(4), Article 3
- Tomljanovich, B. (2013). *Organized Criminals as War Criminals*, Report, Office of the Prosecutor, ICTY: The Hague.

16 Sitio de la Corte Penal Internacional, disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx

Casos de Derecho:

CIJ ONU:

Case between Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, The Judgment of the International Court of Justice in the “Genocide” ILM 185 (2007). April 13 2007:46,

CPI:

Pre Trial Chamber II in Kenya’s Decision to Open an Investigation (2010). Recuperado de www.icc-cpi.int.

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, (29 enero del 2007), Pre-Trial Chamber I. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/lubangaeng.pdf>

Prosecutor V. Germain Katanga. Summary of Trial Chamber II’s ICTR Judgment of 7 March 2014 pursuant Article 74 of the Statute. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/986/14_0259_ENG_summary_judgment.pdf

Prosecutor v. Alfred Musema, ICTR-96-13-T, Resúmen de la Sentencia (27 enero de 2000).

Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, et al ICTR-98-42-T, Resúmen de la Sentencia (24 de junio de 2011).

Prosecutor v. George Rutaganda ICTR-96-3-T, juicio y sentencia. Recuperado de <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Rutaganda/judgement/991206.pdf>

ICTY:

The Prosecutor v. Vlastimir Dorđević., International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-05-87/1-T, Sentencia (23 de febrero de 2011). Recuperado de http://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf

The Prosecutor v. Sefer Halilović, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-01-48-A, Sentencia de Apelación, (16 de octubre de 2007).

The Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case: IT-00-39-T, Sentencia (27 de septiembre de 2006). Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>

The Prosecutor v. Radislav Krstić, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case IT-98-33-A, Sentencia de Apelación (19 de abril de 2004). Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>

The Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-95-16-T 14, Sentencia (14 de enero de 2000). Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>

The Prosecutor of the Tribunal Against Ratko Mladić, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-09-92-PT, Cuarta Acusación Anmendada, (16 de diciembre de 2011).

The Prosecutor v. Mladen Naletilić, a.k.a “Tuta” Vinko Martinović, a.k.a. “Štela”, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-98-34-A, Sentencia de Apelación, (3 de mayo de 2006). Recuperado de http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/acjug/en/nal-aj060503e.pdf

The Prosecutor v. Naser Orić International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-03-68-A, Sentencia de Apelación (3 de julio de 2008).

The Prosecutor et al, Vujadin Popović International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case IT-05-88-T, Sentencia, (10 de junio de 2010).

The Prosecutor v. Zdravko Tolimir International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case IT-05-88/2 T, Sentencia, (12 de diciembre de 2012). Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/tolimir/tjug/en/121212.pdf>

Documentos

Estatuto de Roma de la Corte Penal. Recuperado de [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, res. 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, 25 de mayo de 1993. Recuperado de <http://www.cc.gob.gt/documentoscc/ddhh/ICTY.pdf>

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Recuperado de <http://www.cc.gob.gt/documentoscc/ddhh/Ruanda.pdf>

Human Rights Watch. (julio de 2003). *Democratic Republic of Congo*, 15(11A) p.2
Recuperado de <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/DRC0703.pdf>

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) Ginebra, CICR: 1977 (8 de junio de 1977),

Sitios en la Internet:

Corte Internacional de Justicia de la ONU, disponible en www.icj-cij.org

Corte Penal Internacional, disponible en <http://www.icc-cpi.int>

Sitio del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, disponible en www.icty.org

Sitio del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, disponible en www.ict.rg

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la IV Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

O direito internacional penal como instrumento de resistência nos tribunais do povo: o tribunal internacional para a aplicação da justiça restaurativa em El Salvador*

Giovanna M. Frisso

Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso *Fiscalía vs. Lubanga Dyilo*

Natalia Paz Morales Cerda

El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?

Luciano Pezzano

La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Noelia Trinidad Núñez

* Ensayo ganador de la IV Edición del Certamen de Ensayos Blattman, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional.

O direito internacional penal como instrumento de resistência nos tribunais do povo: o Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador*

El derecho internacional penal como instrumento de resistencia en los tribunales del pueblo: El Tribunal Internacional para la Aplicación de la Justicia Restaurativa en El Salvador

The Role of International Criminal Law as a Resistance Instrument in the People's Courts: The International Court for the Implementation of Restorative Justice in El Salvador

Giovanna M Frisso**

Fecha de recepción: 4 de abril de 2015.

Fecha de aprobación: 27 de septiembre de 2015.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.02](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.02)

Para citar este artículo: Frisso, G. (2015). O direito internacional penal como instrumento de resistência nos tribunais do povo: o tribunal internacional para a aplicação da justiça restaurativa em El Salvador. Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP, 4, 40-64, doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.02](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.02)

Resumo

Em 2009, o Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador foi criado pela sociedade civil como uma resposta ao contexto de inercia estatal e de negativa reiterada por parte dos poderes públicos a cumprirem com sua responsabilidade em matéria de direito internacional humanitário e direitos humanos,

* Ensayo ganador de la IV Edición del Certamen de Ensayos Blattman, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional.

** Professora do Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro. Colaboradora do Tribunal Internacional para Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador nos anos de 2013 e 2014, com o apoio da Comissão de Anistia brasileira.

sobretudo no que diz respeito ao acesso das inúmeras vítimas do conflito armado à justiça. Trata-se de um espaço em que inúmeras histórias de sofrimento, abuso e violência ocorridas durante o conflito, até então silenciadas, começam a vir à tona e passam a ser abordadas a partir da linguagem jurídica. Este artigo defende que o recurso à linguagem jurídica, em especial ao direito internacional penal, e a centralidade conferida às vítimas permite a caracterização do Tribunal como um instrumento de justiça de transição e de fortalecimento do regime democrático, apesar de seu caráter não oficial (não estatal). Para tanto, o artigo recorre à literatura sobre os tribunais do povo e à noção de resistência civil não violenta.

Palavras-chave: Tribunal Internacional para Justiça Restaurativa em El Salvador, Tribunal do Povo, Justiça de Transição, Resistência Civil Não Violenta, Justiça Comunitária.

Resumen

En 2009, el Tribunal Internacional para la Aplicación de Justicia Restaurativa en El Salvador fue creado por la sociedad civil como una respuesta al contexto de inercia estatal y continúa negativa por parte de los poderes públicos en cumplir con su responsabilidad en materia de derecho internacional humanitario y derechos humanos, en particular en materia de acceso a la justicia. El Tribunal es un lugar en el que innumerables historias de sufrimiento, abuso y violencia cometidas durante el conflicto, hasta entonces silenciadas, comienzan a aflorar y a ser abordadas desde el lenguaje jurídico. Este artículo sostiene que el uso del lenguaje jurídico, en especial al derecho internacional penal, y la centralidad conferida a las víctimas permite la caracterización del Tribunal como un instrumento de justicia de transición y de fortalecimiento del régimen democrático, a pesar de su carácter no oficial (no estatal). Para esto, el artículo recurre a la literatura sobre los tribunales del pueblo y la noción de resistencia civil no violenta.

Palabras clave: Tribunal Internacional para Justicia Restaurativa en El Salvador, Tribunal del Pueblo, Justicia de Transición, Resistencia Civil No Violenta, Justicia Comunitaria.

Abstract

In 2009, the International Tribunal for the Application of Restorative Justice was created by the civil society in El Salvador. The Tribunal reacts to the context of State inertia and its continued refusal to comply with the obligations derived from violations of international humanitarian law and human rights law during the armed conflict, particularly with regard to victims' access to justice. The Tribunal is a place where countless stories of suffering, abuse and violence committed during the armed

conflict surface and are addressed from a legal perspective. This article argues that the use of a legal language, especially international criminal law, and the centrality given to victims allow the Tribunal to be characterized as a transitional justice mechanism, capable of contributing to the strengthening of the democratic regime, despite its unofficial character. For this purpose, the article examines the literature related to People's Tribunals and the concept of nonviolent civil resistance.

Key words: International Tribunal for the Application of Restorative Justice in El Salvador, *People's Tribunals*, Transitional Justice, Non-violent Civil Resistance, Community Justice.

Introdução

A década de 80 em El Salvador foi marcada por um conflito armado. Iniciado em 1981, o conflito se estendeu até 1992, passando por fases alternadas de humanização e intensificação da violência¹. Nesse período, a população sofreu ataques indiscriminados e desproporcionais relacionados a bombardeios aéreos, utilização de minas, destruição da infraestrutura do país, execuções sumárias, tortura e desaparecimentos forçados (IDHUCA, 2009).

O processo de negociação para por fim ao conflito foi longo. Entre 1989 e 1992, inúmeros acordos foram assinados. Os Acordos de Paz de El Salvador², além de porem fim ao conflito, indicaram a necessidade de criação de uma Comissão da Verdade para investigar graves violações de direitos humanos e crimes internacionais praticados durante o conflito³. No que diz respeito ao combate à impunidade, o Acordo de Chapultepec afirmava a necessidade de se esclarecer e superar a impunidade no meio das Forças Armadas⁴.

A Comissão recebeu mais de 22 mil denúncias e escolheu 32 casos para análise detalhada⁵. Entre as recomendações da Comissão da Verdade, a responsabilização penal pelos crimes relatados foi considerada um imperativo de moral pública.

- 1 Sobre as diferentes etapas do conflito em El Salvador e a possibilidade de negociação de acordos de paz, veja SALA, R.R. (1994), "El Salvador: La negociación del acuerdo de paz: ¿Un modelo para el mundo?", *Realidad*, 37, p. 89-134.
- 2 Os acordos foram negociados entre o governo de El Salvador e a Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional e estão publicados em: DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE LAS NACIONES UNIDAS, *Acordos de El Salvador: En el camino de la paz*, Doc. DPI/1208-92615, 1992.
- 3 A Comissão da Verdade foi criada em virtude dos chamados Acordos do México, firmados em 21 de abril de 1991, cujas disposições foram ampliadas por uma disposição do Acordo de Chapultepec, a qual ofereceu maiores detalhes acerca da Comissão.
- 4 Conforme estabelecido no Acordo de Chapultepec, de 16 de janeiro de 1992.
- 5 Sobre as dificuldades de atuação da Comissão, veja: BUERGENTHAL, T. (1996), "La Comisión de la Verdad para El Salvador", A.A.C. TRINDADE e T. BUERGENTHAL (comp.), em *Estudios Especializados de Derechos Humanos I*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 11-62.

(Comisión de la Verdad para El Salvador, 1993). No entanto, a publicação do informe final da Comissão foi seguida pela adoção de uma lei de anistia, a Lei de Anistia para a Consolidação da Paz, aprovada em 20 de março de 1993. A anistia impediu que as violações de direitos humanos e os crimes cometidos durante o conflito armado fossem analisados pelo judiciário. Segundo Kofi Annan, a Lei de Anistia demonstrou:

... un ejemplo claro del rechazo de las conclusiones de la Comisión de la Verdad (...). La celeridad con que esta ley se aprobó en la Asamblea Legislativa puso de manifiesto la falta de voluntad política de investigar y llegar a la verdad mediante medidas judiciales y castigar a los culpables (Martínez, 2005, p.158).

Apesar da recomendação da Comissão da Verdade relacionada ao combate à impunidade e das inúmeras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) afirmando a incompatibilidade de leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a lei de anistia salvadorenha continua, até hoje, a impedir a responsabilização penal individual e a silenciar institucionalmente inúmeras vítimas⁶.

Diante deste contexto de inercia estatal e de negativa reiterada por parte dos poderes públicos a cumprirem com sua responsabilidade em matéria de direito internacional humanitário e direitos humanos (Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 2009), sobretudo no que diz respeito ao acesso à justiça, a sociedade civil salvadorenha constituiu, em 2009, o Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa (TIJR) (Maya, 2015). Trata-se de um espaço em que inúmeras histórias de sofrimento, abuso e violência cometidos durante o conflito, até então silenciadas, começam a vir à tona e são tematizadas à luz do direito internacional. A loucura vivenciada durante o conflito armado é articulada, ainda que parcialmente e fragilmente, para dar espaço à esperança e ao fortalecimento do regime democrático em El Salvador.

Este artigo parte da experiência do TIJR para abordar, de forma mais ampla, a relevância do discurso jurídico, sobretudo do direito internacional penal, como instrumento de resistência civil não violenta, entendida como o exercício da força pela sociedade civil sem recurso à violência armada e por meios não oficiais (Chenoweth & Cunningham, 2013). Este artigo defende ser possível pensar os tribunais do povo, tal como o TIJR, como uma tática de resistência não violenta

6 Cumprir observar que a CIDH teve a oportunidade de se manifestar especificamente sobre a lei de anistia de El Salvador no caso *El Mozote e Lugares Aledaños*, em: CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*. Sentença. 25 de octubre de 2012, p. 283-297.

relevante para o processo de justiça de transição, em que o direito internacional penal exerce papel crucial.

Para tanto, a primeira parte do artigo explora a potencial transcendência do conteúdo do direito internacional penal. A discussão teórica ganha concretude na segunda parte, em que possibilidade de interpretação e apropriação do direito internacional pela sociedade civil e pelos indivíduos é abordada no contexto do TIJR, o qual é contextualizado como um tribunal do povo. Nesse momento, torna-se possível evidenciar a forma pela qual o direito internacional penal, ao ser apropriado pela sociedade civil, oferece uma linguagem capaz de forjar uma oposição coerente ao posicionamento de El Salvador e exigir a concretização dos elementos de construção democrática. O recurso ao direito internacional penal, para além da imputação da pena, resiste e questiona a negação da humanidade comum a vítimas e perpetradores decorrente da ausência de processos de responsabilização individual.

1. O potencial de transcendência do direito internacional penal

A existência de uma comunidade na qual todos os membros estão vinculados por respeito mútuo e comprometidos com certos valores é uma condição necessária para a compreensão comunicativa do direito internacional penal⁷. A noção de comunidade é, no entanto, altamente controversa, ainda mais a noção de uma comunidade em âmbito global (Sloane, 2007; Villalpando, 2010). Diante disto, o caráter normativo da noção de comunidade internacional vem à tona: a comunidade internacional é “uma questão de aspiração tanto quanto de fato” (Duff, 2003). Esta visão normativa conduz-nos, por sua vez, à ideia de um direito cosmopolita.

O direito cosmopolita permite compreender não apenas os Estados e as organizações internacionais como sujeitos do direito internacional, mas também os indivíduos. O status de sujeito de direito é concedido aos indivíduos e estes assumem uma posição não mediada pelo Estado na associação de cidadãos do mundo livres e iguais (Habermas, 1998). De acordo com esta perspectiva, os direitos humanos básicos são conceituados como direitos que excedem a jurisdição do Esta-

7 Sobre as condições para uma compreensão comunicativa do direito internacional penal, em particular da pena, veja: DUFF, A. (2003), *Punishment, Communication and Community*. Oxford University Press, Oxford, p. 188-193; DUFF, A. (1998) “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, em *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, p. 189 -206 e HILDEBRANDT, M. (2006), “Trial and ‘Fair Trial’: From Peer to Subject to Citizen”, em A. DUFF et al (ed), *The Trial on Trial* Oxford, Hart Publishing, vol. 2, p. 15-36.

do. São direitos possuídos por cada pessoa em razão de sua condição humana; sua validade substitui o domínio normativo dos direitos dos cidadãos⁸.

O consenso crescente sobre as normas de direitos humanos como uma característica definidora do direito cosmopolita tem conduzido a uma maior procura de instituições destinadas a assegurarem a ampla implementação dos direitos humanos (Fehl, 2009; Sloane, 2007). Há, no mesmo sentido, uma maior demanda para o julgamento de violações desses direitos, sobretudo daquelas que caracterizariam verdadeiras atrocidades (Fehl, 2009). O direito internacional penal permite o esclarecimento das violações que merecem ser censuradas e, em consequência, exigem o compromisso da comunidade internacional para censurar aqueles que se envolvem em tais condutas (Villalpando, 2010). A rejeição comum de violações de direitos humanos e o horror comum gerado por atos de limpeza étnica e de genocídio é o que une os cidadãos em uma comunidade internacional (Tallgren, 2014). Trata-se de um consenso de base negativa, derivada do reconhecimento mútuo do outro indivíduo como uma pessoa com direitos iguais (Habermas, 2004).

A própria estrutura do direito internacional contribui para a construção desse consenso, uma vez que várias instituições internacionais responsáveis pela implementação dos direitos humanos, incluindo os tribunais penais internacionais (Roht-Arriaza, 1999), estabelecem relações com instituições nacionais. Este processo permite que, com base em uma função comum, elas criem e fortaleçam uma comunidade autônoma de direito. A relação entre o contexto nacional e internacional permite a comunicação entre indivíduos, Estados, instituições internacionais e organizações não-governamentais (Slaughter, 1994-1995); facilitando a formação dialógica de uma “mentalidade alargada” (Hayden, 2009, p. 172). Como resultado, instituições voltadas à implementação dos direitos humanos em âmbito internacional reforçam um senso de comunidade em um nível global (Villalpando, 2010). Nesse processo, não apenas instituições formais tornam-se relevantes, mas também instituições da sociedade civil, como os tribunais do povo, que, como será visto, partilham o interesse na censura de violações de direitos humanos.

8 Esta visão é amplamente partilhada por uma perspectiva universalista de direitos humanos, que fundamenta os direitos humanos a partir da dignidade inerente à pessoa humana. Entende-se, todavia, que esta fundamentação não impede a compreensão do processo de reconhecimento dos direitos humanos como fenômeno político, que exige um esforço político permanente por setores significativos da população. GALLARDO, H. (2014), *Teoria Crítica: Matriz e Possibilidade de Direitos Humanos*, São Paulo, Unesp, p. 12. Sobre a passagem de um direito internacional para um direito cosmopolita e a centralidade da normativa de direitos humanos neste processo, veja: PASCUAL, C. G., *Cidadania Cosmopolita*. Disponível em: <http://www.uv.es/CEFD/8/garcia.pdf>

Essa mentalidade alargada pode ser conceituada a partir da noção de mundo da vida (Habermas, 2004). O mundo da vida, esclarece Habermas, oferece a linguagem extra legal que deve permitir que os membros da comunidade compreendam o suficiente da lei como uma instituição e como uma fonte de exigências que podem ser aceitas como obrigatória para todos. Em outras palavras, o mundo da vida permite que o direito internacional penal apresente-se aos membros da comunidade não como um conjunto arbitrário de regras ou exigências, mas como um sistema de obrigações que pode ser aceito como justificado. Ele torna a lei acessível àqueles a quem vincula, como uma linguagem que lhes permite interpretar e falar na primeira pessoa.

Para a construção e definição de códigos compartilhados, não só decisões, mas também interações são relevantes. O significado de conceitos jurídicos não é informado apenas pelo mundo da vida, mas o seu significado no mundo da vida pode ser enriquecido pelos argumentos apresentados sobre a interpretação de determinados fatos, sua caracterização normativa e as consequências decorrentes. “O julgamento tem um papel vital e crucial a desempenhar na construção diária e na reconstrução do nosso mundo compartilhado” (Hildebrandt, 2006, p. 16). A decisão, ainda que tenha um caráter meramente simbólico, permite a tradução das mensagens normativas da doutrina jurídica para a linguagem cotidiana do mundo da vida, compartilhada inter-subjetivamente (Struet, 2009).

A decisão motivada que faz recurso à linguagem do direito internacional penal não só reforça a compressão das condutas que devem ser rejeitadas pela comunidade internacional, mas também as constrói. A linguagem do direito internacional penal expressa o repúdio público da conduta; a não aquiescência simbólica com a conduta; a vindicação da lei e a absolvição dos outros (Feinberg, 1970). A caracterização de uma conduta como crime internacional enuncia publicamente que o agressor não tinha o direito de fazer o que ele fez, “que sua conduta não representa verdadeiramente os melhores objetivos e aspirações da sociedade” (Corlett, 2003; Feinberg, 1970). A não aquiescência simbólica atesta o reconhecimento da ilicitude de um determinado ato (Feinberg, 1970). Ela esclarece que o ato não foi cometido em nome da comunidade internacional (Corlett, 2003). O recurso ao direito internacional penal também reafirma a lei, clamando pela a punição daqueles que a violam (Corlett, 2003) e reparação dos danos causados. Ele afirma os verdadeiros padrões do direito em face de falhas anteriores. Por fim, a caracterização de determinada conduta como crime internacional absolve os inocentes de culpa diante da ação do perpetrador. Ela separa uma sociedade razoavelmente justa de seu passado corrupto, absolvendo a sociedade de seus males históricos (Corlett, 2003).

A caracterização e a condenação do delito olham para o passado, para a conduta do infrator, enquanto a exigência de reparação dos danos causados traz à tona a vítima, bem como preocupações com o presente e o futuro (Duff, 2003). Tendo em mente os sistemas jurídicos nacionais, Duff explica que, em um processo criminal, a reparação serve como compensação material dos danos sofridos e como uma forma de adicionar peso e força ao pedido de desculpas por meio do qual ofensor e vítima devem ser conciliados (Duff, 2003). O que precisa ser reparado não é apenas o dano sofrido pela vítima, mas o mal que foi feito para a vítima. Nas palavras de Duff, o que precisa de reparação é a relação normativa do agressor para com a vítima como um concidadão, e com os demais concidadãos (Duff, 2003). Nesse processo, é importante observar que a reparação do dano material imposto à vítima torna-se relevante na medida em que impede a manutenção da relação de poder desigual vivenciada durante o crime, evitando que a vítima seja obrigada a conviver com as consequências materiais resultantes do crime. Ela dá concretude ao arrependimento expresso pelo perdão.

Em um contexto internacional, parece razoável argumentar que o que precisa de reparação é a relação normativa do infrator com a vítima como um agente moral e com os membros das comunidades vitimadas. O agressor deve procurar transformar sua relação com a vítima, de forma a garantir-lhe um lugar de agência (Blatz, 2006). A partir dessa perspectiva, o processo pelo qual a conduta ilícita é examinada permite o engajamento recíproco e racional das diversas partes interessadas, as quais incluem, pelo menos, a vítima e o agressor. O engajamento não só do agressor, mas também da vítima, que exige a rejeição da conduta criminoso e a reparação dos danos causados, afirma que o agressor não tinha direito de violar os direitos da vítima ou de prejudicá-la, reafirmando o valor de todos no sistema legal.

O direito internacional penal pode ser compreendido como a linguagem que permite a comunicação dessa mensagem, uma vez que ele reflete um determinado consenso acerca das condutas a serem rejeitadas pela comunidade internacional, e que, conseqüentemente, exigem reparação dos danos por elas causados. O compartilhamento desta visão aliada ao pressuposto do igual valor de todos os indivíduos pela lei permite a apropriação do direito internacional penal pelo indivíduo e pela sociedade civil sem a mediação do Estado. Neste contexto, o direito internacional pode tornar-se um instrumento coerente de resistência ao próprio direito.

Este potencial torna-se mais evidente em situações em que o Estado, o principal agente garantidor de direitos humanos, recusa-se a reconhecer os direitos de determinados grupos apesar da ratificação de instrumentos de direitos humanos e direito internacional humanitário. Na medida em que a recusa se dá por meio de instrumentos

legais, o posicionamento do Estado acaba criando uma clara oposição entre o direito nacional e o direito internacional. Exigir o respeito à normativa de direito internacional nessas circunstâncias significa exigir a coerência entre a política internacional e interna do Estado de forma a evitar que o processo de ratificação de tratados se limite a uma decisão instrumental no contexto internacional e a uma perspectiva retórica vazia no contexto interno (Risse, & Sikkink, 1999; Giraldo, 2006). O direito se opõe ao direito para denunciar posicionamentos contraditórios e exigir que o Estado haja de acordo com obrigações contraídas internacionalmente, assegurando os direitos dos indivíduos.

2. O Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa como um tribunal do povo

O TIJR não tem um instrumento constitutivo nem é regido por um estatuto, apesar de esforços neste sentido (Maya, 2015). As motivações que informaram a sua criação, bem como as expectativas a ele relacionadas podem ser identificadas no documento “*El Salvador: Verdad, Justicia y Reparación*”. O documento afirma ser o TIJR uma forma de promover uma modalidade de justiça de transição adequada ao país (IDHUCA, 2009). Neste sentido, especial atenção é dada à obrigação de responder a violações massivas ou sistemáticas de direitos humanos de forma a se admitir o valor intrínseco dos indivíduos vitimados como parte de um processo integral de verdade, justiça, reparação, perdão e democratização nas sociedades modernas (IDHUCA, 2009). Este objetivo foi, de acordo com a sociedade civil, afastado pela Lei de Anistia salvadorenha, a qual impediu o acesso à justiça, perdoou as atrocidades, encobriu a atuação genocida das instituições estatais e protegeu os responsáveis por fatos atribuídos aos insurgentes (IDHUCA, 2009).

Perante esse contexto, TIJR apresenta-se como uma forma de resistir ao silêncio imposto pela Lei de Anistia e dar uma resposta aos crimes cometidos durante o conflito armado. Esta resposta envolve uma série de medidas que vão desde a responsabilização individual até a adoção de medidas de reparação da vítima. Em particular, o TIJR compartilha a visão de que é imprescindível investigar os crimes internacionais cometidos para auferir a responsabilidade penal individual, bem como reparar os danos causados a vítimas (IDHUCA, 2009; Kauffman, 2008). De fato, o TIJR é uma resposta da sociedade civil ao não cumprimento destas obrigações pelo Estado.

Como tal, acredita-se poder ser o TIJR compreendido como um tribunal do povo. Organizado e executado por entidades privadas, os tribunais do povo têm sua autoridade e legitimidade baseada no entendimento de que o direito é um instrumento da

sociedade civil e que não pertence exclusivamente aos governos⁹. O direito é um instrumento de luta, de resistência. O povo é, portanto, competente para invocar e interpretar o direito em um fórum não oficial, independentemente da vontade ou da capacidade de o Estado fazê-lo em um tribunal oficial. Essa legitimidade está relacionada à percepção mais geral de que

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicional, do processo hermenêutico (Harbele, 1997, p. 15).

Os tribunais dos povos lembram instituições judiciais: a evidência é apresentada, normalmente em uma audiência pública, e analisada. Posteriormente, um julgamento com base nos instrumentos legais relevantes é emitido por um grupo de especialistas (Terrell, 2005). Inúmeros tribunais do povo já foram instituídos pela sociedade civil, abordando questões tão diversas como o impacto de corporações transnacionais, a legalidade da guerra no Iraque, povos indígenas e pluralismo jurídico, comércio e direitos humanos¹⁰. A legitimidade destes julgamentos se deve, de acordo com Basso, à percepção de que:

As necessidades da consciência pública podem se tornar uma fonte reconhecida de lei [...] e um tribunal que emana diretamente da consciência popular reflete uma ideia que vai avançar: poderes institucionalizados e pessoas, de quem os primeiros derivam sua legitimidade, na realidade, tendem a divergir e apenas uma iniciativa verdadeiramente popular pode tentar minimizar a distância entre as pessoas e poder (Permanent People's Tribunal).

No caso do TIJR, o protagonismo dos indivíduos é evidenciado pela atuação da sociedade civil. O TIJR não contém um quadro permanente de funcionários. A maior parte das atividades é desempenhada, no decorrer do ano, pelo *Instituto de Derechos Humanos da Universidad Centro Americana "José Simeon Cañas"* (IDHUCA) com o apoio da *Coordinadora Nacional de Comités de Víctimas de Violaciones de Derechos*

9 Os tribunais do povo são, por vezes, denominados tribunais de opinião pública ou tribunais de cidadãos internacionais, veja: BYRNES, A. (08 de Outubro de 2012). *Claiming international law for the people: the persistence and role of civil society tribunals in the modern world*. Disponível em: <http://www.ahrcentre.org/topics/peoples%E2%80%99tribunals-and-international-law> Acesso em 31.01.2015.

10 Veja, como exemplo, os inúmeros casos em que o Tribunal Permanente do Povo atuou. Informação disponível no site da instituição: http://www.internazionaleleliobasso.it/?page_id=207&lang=en, Acesso em: 30.01.2015.

Humanos em el Conflicto Armado (CONCOVIC) (IDHUCA, 2009). Parte dos juízes é de origem internacional¹¹. El Salvador também se faz presente na estrutura do Tribunal, seja pela participação de juízes salvadorenhos¹², seja pelo trabalho dos psicólogos e advogados¹³, que acompanham as vítimas continuamente de forma a minimizar os riscos de vitimização secundária. Ao contar com membros de diferentes nacionalidades, o TIJR reflete o esforço de mobilização transnacional em prol da efetivação dos direitos das vítimas dos crimes cometidos durante o conflito armado (Keck, & Sikkink, 1998). O envolvimento de membros da comunidade local, por sua vez, incrementa a legitimidade do TIJR, não só por trazer à tona a representatividade da comunidade local, mas também por contribuir para a compreensão do contexto em que os crimes internacionais e as graves violações de direitos humanos ocorreram, os diferentes grupos afetados e suas consequências atuais (Mégret, 2005)¹⁴.

Desde 2009, o TIJR tem se reunido uma vez por ano, quando são realizadas audiências públicas, momentos em que o poder de resistência da sociedade civil e, em particular das vítimas, se manifesta de forma mais evidente. Como tática de resistência, o TIJR tem buscado o envolvimento de comunidades distintas, realizando as audiências em diferentes locais. Neste sentido, o TIJR se reuniu não só em San Salvador (2009 e 2013), mas também em Suchitoto (2010), Arcatao (2011), Tecoluca (2012), Santa Marta (2014) e San Antônio los Ranchos (2015).

Em cada uma destas oportunidades, as vítimas são inicialmente contatadas pela equipe do IDHUCA, composta não só por advogados, mas também por psicólogos. Em um primeiro momento, o trabalho do TIJR é divulgado e os casos a serem apresentados identificados. Os advogados elaboram as denúncias a partir de narrativas individuais, as quais tomam forma com o apoio de psicólogos.

A violação sofrida pela vítima e o contexto em que vivenciada são analisados legalmente com base no direito nacional e no direito internacional. Na medida

11 Em 2014, o TIJR foi composto pelos seguintes juízes: José María Tomás, magistrado e presidente da *Fundación por la Justicia*, Valencia, Espanha; José Ramón Juárez Maya, advogado Valencia, Espanha; Belisário dos Santos, Jr., ex secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo e membro da Comissão Internacional de Juristas, Brasil; Sueli Aparecida Bellato, vice presidenta da Comissão de Anistia do Brasil; Carol Proner, doutora em Direito Internacional e coordenadora do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UNIBRASIL, Brasil, Paula Cuellar, pesquisadora do Centro para Estudos do Holocausto e Genocídios da Universidade de Minnesota onde estuda o conflito em El Salvador, Estados Unidos e Angelina Snodgrass Godoy, diretora do Centro de Direitos Humanos da Universidade Washington.

12 Dentre eles, Gloria Giralte de García Prieto, vítima e lutadora por justiça e Ricardo Iglesias, consultor em direitos humanos e membro da Associação Americana de Juristas.

13 Dentre os advogados, exercem papel relevante Silvia Patricia Cuéllar Iraheta, Claudia Hernández Galindo, Javier Alberto Melgar Molina, todos membros do IDHUCA.

14 Cabe observar que parte das condutas analisadas nas decisões do TIJR encontra-se tipificada na legislação doméstica de El Salvador, como, por exemplo, a tortura.

do possível, os testemunhos são corroborados por outras evidências, tais como reportagens de jornais da época, estudos, fotografias e laudos médicos (Tío, 2014). As denúncias escritas são entregues aos juízes do TIJR na audiência em que o caso será abordado. As denúncias são também entregues ao Ministério Público em El Salvador (Maya, 2015).

Os procedimentos, durante as audiências públicas, são marcados por significativa flexibilidade¹⁵. Uma breve apresentação do caso é feita pelo advogado. A partir de então, a vítima é chamada a contribuir diretamente com o processo por meio de seu testemunho. Sentada, próxima ao psicólogo que a acompanhou durante o processo de elaboração da denúncia, a vítima narra sua experiência perante os juízes do TIJR e a comunidade local.

Poucas interrupções com vistas a esclarecimentos são feitas. No entanto, por vezes a fala das vítimas e testemunhas se vê interrompida pela dor da experiência vivenciada. Ora o silêncio, ora soluços e lágrimas quebram a narrativa. Nesses momentos, a presença de membros da comunidade se torna essencial. Ela cria um ambiente de aceitação e corroboração da violência sofrida, demonstrada pelos aplausos recebidos pelas vítimas. Os aplausos indicam ser o testemunho da vítima visto como um ato de coragem, não só por dar publicidade ao sofrimento vivido, mas também por se constituir como um ato de resistência ao silêncio e ao esquecimento imposto pela lei de anistia. O relato das vítimas se converte em uma declaração de sua posição como sujeito de direito, ele se torna uma exigência democrática que reclama publicamente a efetividade dos direitos das vítimas, (Bueno, 2003) inclusive o direito de a vítima ser ouvida (UN General Assembly, 1985).

No último dia das sessões, as vítimas e testemunhas são convidadas a identificar as medidas que consideram necessárias para reparar os danos sofridos. Nesse momento, as vítimas saem mais uma vez de sua posição de anonimato e retomam o seu papel de protagonista social, demonstrando e incitando a não aceitação da situação atual como imutável (Muguerza, 2003). O TIJR torna-se um espaço em que a imaginação das vítimas é essencial para a definição de medidas capazes de reparar os danos por elas sofridos. Nesse sentido, o juiz Maya chama atenção para a convocatória da sessão de 2013, que afirmava *“es necesario desplegar la imaginación para el impulso de actividades de impacto tendentes a resolver, de una vez por todas, esas deudas pendientes con quienes son el dedo en la llaga de un proceso fallido: las victimas de la impunidad”* (Maya, 2009-2015, p. 120).

15 Vários vídeos do Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa estão disponíveis no YouTube, veja, por exemplo, <https://www.youtube.com/watch?v=LTZR5rXLlmg>

A partir dos testemunhos e das medidas de reparação solicitadas, o TIJR elabora uma resolução que é lida ao término da última audiência pública da sessão. A resolução faz menção a cada uma das violações denunciadas e traz uma série de recomendações para que os direitos das vítimas ali ouvidas sejam efetivamente respeitados. De uma forma geral, as recomendações evidenciam o entendimento de que um dos objetivos do TIJR é

Mantener la esperanza de que la historia no se termine con la violencia cometida ni siquiera con su denuncia. Hay que seguir denunciando lo ocurrido hasta obtener la investigación de los hechos, la responsabilización del Estado y de los perpetradores, con establecimiento de garantías de no repetición de esta clase de hechos, y con la reparación más amplia a las víctimas como individuos como comunidades, de establecimiento y de condiciones 2009 (IDHUCA, 2009, p.113).

Dessa forma, como instrumento da sociedade civil, o TIJR constitui-se como uma tática de resistência não violenta ao posicionamento adotado por El Salvador em relação às violações de direitos humanos e direito internacional humanitário cometidas durante o conflito armado. Ele é um espaço que permite às vítimas contestarem este posicionamento¹⁶. Ao desenvolver as considerações tecidas na resolução de forma mais aprofundada na sentença, à luz das particularidades das denúncias apresentadas e do direito, o TIJR reconhece o potencial do direito internacional como uma linguagem capaz de questionar a legalidade do posicionamento de El Salvador.

2.1. O direito internacional penal como instrumento de resistência institucional no TIJR

Particularmente relevante para a nossa análise é a normativa a que o TIJR recorre em seus pronunciamentos. A análise de suas decisões indica que os fatos narrados pelas vítimas têm sido caracterizados à luz do direito internacional, sobretudo, da normativa de direitos humanos e de direito internacional humanitário e, consequentemente, de direito internacional penal¹⁷. O recurso à normativa de direito internacional penal retoma a perspectiva de que os crimes cometidos durante o conflito

16 Desde sua primeira decisão o TIJR tem afirmado a ilegalidade da Lei de Anistia à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos.

17 As sentenças do Tribunal estão disponíveis no site da *Fundación por la Justicia*: <http://www.fundacionporlajusticia.org/fxj/2012/03/tribunal-internacional-para-la-aplicacion-de-la-justicia-restaurativa-en-el-salvador/> Algumas decisões também foram divulgadas na Revista Anistia Política e Justiça de Transição.

armado em El Salvador são crimes que lesaram não apenas as vítimas diretas e seus familiares, mas também suas comunidades locais, o Estado de El Salvador e a própria sociedade internacional (Drumbl, 2003-2004, p. 275, 276). Nesse sentido, o contexto de impunidade atualmente vivenciado pelas vítimas, diretas e indiretas, interessa também à sociedade internacional.

O amplo impacto dos crimes analisados pelo TIJR pode ser constatado, sobretudo, nos casos de massacres. Com o propósito de combater os insurgentes durante o conflito, El Salvador adotou uma postura voltada para a eliminação de qualquer pessoa que pudesse lhes fornecer apoio ou informações. Comunidades campesinas inteiras foram estigmatizadas como terroristas, tal como ocorrido com a comunidade de Santa Marta. A construção de determinada comunidade como parte do grupo guerrilheiro pelo Estado buscou dar legitimidade a ataques indiscriminados naquela região. Não só insurgentes foram mortos, mas também mulheres, crianças e idosos, todos considerados um risco para o Estado. Esse processo de estigmatização criou um contexto marcado pela desconfiança e violência não só entre os membros daquela comunidade, mas também entre as comunidades salvadorenhas, abalando significativamente o tecido social do Estado (Chomsky, 1995).

Ao averiguar as consequências atuais das violações de direitos humanos e de direito internacional humanitário cometidas durante o conflito, os psicólogos que trabalharam junto à comunidade de Santa Marta afirmaram:

No hay salvadoreño y salvadoreña que no haya vivido la guerra desde cualquier punto, hasta los mismos militares y los responsables de estas situaciones también están viviendo los efectos, aunque no sean deseados por ellos, de la guerra, porque la cultura de la violencia en El Salvador afecta a todos y es una reproducción de lo vivido en décadas pasadas¹⁸.

Os casos examinados pelo TIJR desde 2009 abarcam violações do direito de associação, em particular de direitos sindicais, detenções arbitrárias, torturas, execuções sumárias e desaparecimento forçados. Foram ouvidos ainda sobreviventes e testemunhas de massacres, situações que causaram a morte de centenas de pessoas, tais como: o massacre do rio Sumpul, massacre do Rio Lempa, massacre de Santa Cruz, massacre de Los Planes o El Picacho¹⁹. Na medida em que a atuação de El Salvador durante o conflito armado constituiu significativas violações da normativa de

18 Informe pericial psicológico apresentado durante a sessão do VI TIJR, ocorrida em Santa Marta entre os dias 26 a 28 de Março de 2015.

19 Ibid, p. 121.

direitos humanos e de direito internacional humanitário, o interesse da sociedade civil em afirmar o respeito à normativa internacional aplicável em conflitos armados também é violado.

O TIJR tem chamado atenção em suas sentenças para o fato de que a maior parte dos fatos denunciados ocorreu entre 1980 e 1992. Nesse período, El Salvador já tinha ratificado tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ambos os tratados proíbem execuções sumárias, desaparecimento forçados, tortura e detenções arbitrárias, exigindo que o Estado respeite o direito à vida, à integridade pessoal e à liberdade individual e adote medidas para garantir o respeito a esses direitos, investigando possíveis violações e julgando os acusados. Ademais, El Salvador estava obrigado pelo artigo 3 das Convenções de Genebra, vigentes no país desde 1950. A violação das normas contidas neste artigo constituem crimes internacionais e, portanto, deve ser investigada e os responsáveis, julgados.

O TIJR parte do pressuposto de que os instrumentos de direitos humanos e de direito internacional humanitário, na medida em que vinculam El Salvador, constituem-se em uma opção jurídica indeclinável para a condenação de um Estado que busca paralisar as lutas sociais (Lyra, 1982, p. 5). Inúmeros instrumentos de direitos humanos ratificados por El Salvador rejeitam as leis de auto-anistia e exigem um posicionamento distinto do Estado, uma vez que a sua implementação envolve não apenas a criminalização das condutas que violam os direitos neles elencados, mas também a devida investigação destes crimes e a persecução penal dos acusados²⁰. O recurso ao direito internacional constitui-se, neste momento, um instrumento que questiona a inação do Estado diante de suas obrigações de caráter internacional. A sociedade civil, ao apropriar-se do direito internacional por meio do TIJR, oferece argumentos contra o posicionamento de El Salvador e busca aliar a pressão internacional à pressão interna em prol de uma mudança no cenário de impunidade, que perpassa a revogação da Lei de Anistia.

Apesar de, por vezes, as testemunhas indicarem os nomes daqueles que acreditam serem os responsáveis pelos crimes cometidos, o TIJR evita se pronunciar sobre a responsabilidade penal individual. Entende-se que a indicação individualizada dos responsáveis exigiria, à luz da normativa de direitos humanos, a utilização

20 Em relação à normativa de direitos humanos, El Salvador estava e está obrigado a respeitar e garantir o respeito dos direitos elencados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos desde 6 de junho de 1978 e no Pacto de Direitos Civis e Políticos desde 30 de novembro de 1979. Quanto à normativa de direito internacional humanitário, as quatro Convenções de Genebra foram ratificadas por El Salvador em 1950, razão pela qual o país se obriga a respeitar o artigo 3 comum às Convenções. Ademais, em 1978, El Salvador ratificou o Protocolo Adicional II às Convenções.

de um procedimento muito similar ao procedimento penal para que o direito ao devido processo penal não fosse violado. O respeito aos direitos do acusado pode ser evidenciado pela atuação do TIJR em Santa Marta em 2013. Nas audiências públicas em Santa Marta, sobreviventes e testemunhas indicaram claramente o coronel Ochoa Pérez, à época comandante do destacamento militar da região, como o responsável pelos abusos por eles vivenciados, muitos deles decorrentes do emprego da estratégia de terra arrasada ou queimada a qual não permite distinguir entre a população civil e os combatentes. Enquanto as audiências públicas do TIJR ocorriam, Ochoa Pérez concedeu uma entrevista afirmando que cumpria ordens e negando a ocorrência de massacres. Diante desse contexto, o TIJR reafirmou em suas recomendações a obrigação de El Salvador proceder à investigação penal das acusações apresentadas durante as sessões do Tribunal com vistas ao estabelecimento da responsabilidade penal individual²¹, chamando atenção para o fato de que já havia sido apresentada uma denúncia criminal contra o referido coronel ao Ministério Público salvadorenho²². Dessa forma, o TIJR não se manifestou diretamente acerca da responsabilidade do coronel e reafirmou o judiciário doméstico como um espaço em que os direitos das vítimas, bem como o direito à defesa deviam ser garantidos.

A caracterização das condutas narradas como crimes internacionais permite que as decisões do TIJR possam ser vistas como inequívoco reconhecimento dos processos de vitimização, os quais demandam, por sua vez, a identificação dos responsáveis e a reparação dos danos sofridos conforme a normativa mais ampla de direito internacional. Exige-se, assim, que El Salvador assumira a responsabilidade de proceder à investigação e julgamento dos acusados. Esta mudança é advogada de forma não violenta, fazendo uso de argumentos que se desenvolvem a partir de instrumentos aos quais o próprio Estado, voluntariamente, vinculou-se.

Na verdade, a análise das decisões do Tribunal indica que não apenas El Salvador, mas também Estados vizinhos têm se omitido no que diz respeito não apenas às vítimas do conflito, mas também perante a comunidade internacional. Este contexto é exemplificado pela discussão acerca da responsabilidade Honduras²³. No caso do massacre de Santa Cruz, o envolvimento de Honduras foi claramente ilustra-

21 Veja a *Resolución del VI Tribunal Internacional de Justicia Restaurativa de El Salvador*, Santa Marta, 28 de Março de 2014, disponível em: <http://unfinishedsentences.org/es/resolution-of-the-6th-restorative-justice-tribunal/> Esta recomendação foi reiterada na sentença.

22 Conforme esclarecido na *Sentencia del VI Tribunal Internacional de Justicia Restaurativa de El Salvador*, Santa Marta, 26 al 28 de Março de 2014.

23 *Resolución del VI Tribunal Internacional de Justicia Restaurativa de El Salvador*, Santa Marta, 28 de Março de 2014.

do nos depoimentos dos sobreviventes que afirmaram ter encontrado militares de Honduras próximos ao Rio Lempa de forma a impedir que população ali buscasse refúgio. Aqueles campesinos que conseguiram cruzar o Rio foram perseguidos em território hondurenho. Os testemunhos indicaram que a atuação das Forças Armadas hondurenhas neste caso foi senão instigada, ao menos permitida pelo Estado Hondurenho, bem como pelos Estados Unidos, que tinham bases militares e tropas em Honduras. Diante desses relatos, o TIJR indicou a necessidade de também Honduras investigar estas denúncias e julgar os responsáveis pelas violações dos direitos da população civil que buscou refúgio em seu território e lá foi dizimada. Em particular, o TIJR indicou a necessidade de se buscar, identificar e repatriar os restos mortais dos cidadãos salvadorenhos que buscaram refúgio em Honduras de forma a possibilitar uma digna sepultura²⁴.

As decisões dos tribunais do povo, tal como as decisões do TIJR, ainda que pautadas em argumentos jurídicos, possuem caráter essencialmente moral. Nesse contexto, a relevância das decisões se pauta na força persuasiva da argumentação nela desenvolvida. É, por meio da argumentação, que o direito é construído como instrumento legítimo de resistência e, portanto, capaz de mobilizar a opinião pública nacional e internacional (Maya, 2009-2015, p. 116).

Além do desenvolvimento de argumentos que resistem à inação do Estado, é interessante observar que o recurso à normativa de direito internacional penal pelo TIJR traz à tona ainda outro aspecto de resistência, o qual independe da mediação do Estado. Trata-se do reconhecimento pela sociedade civil internacional, representada pelos distintos especialistas envolvidos no TIJR, dos processos de vitimização narrados durante os testemunhos a partir da caracterização destes processos como crimes internacionais. A sociedade civil internacional, ao caracterizar os fatos narrados por vítimas até então silenciadas como crimes internacionais no âmbito do TIJR, expressa a clara rejeição dessas condutas e reconhece os direitos violados das vítimas. O direito internacional penal é usado não apenas para descrever o ocorrido, mas também para comunicar a condenação do sofrimento ilegalmente e injustamente imposto à vítima.

2.2. O TIJR como um espaço de resistência civil não violenta

A apropriação do direito pelos indivíduos é observada ainda pela centralidade conferida à vítima. Nos termos de Santos Jr., a função do TIJR é dar às vítimas:

24 Conforme esclarecido na Sentencia del VI Tribunal Internacional de Justicia Restaurativa de El Salvador, Santa Marta, 26 al 28 de Março de 2014.

... papel de protagonismo no processo de uma busca efetiva e ampla pelo ressarcimento (...) e sem o qual não se passa da repressão política e da guerra para a democracia. Ao início do Tribunal, o jesuíta Jon Sobrino justificou a iniciativa, concluindo com a frase (...): ‘O que despoja a vítima é o silêncio.’ Um dos objetivos específicos da iniciativa é ‘contribuir para o processo de cicatrização das feridas e para a construção de um novo tecido social por meio da revelação de uma realidade conhecida pela maioria da população, mas não acatada unanimemente’ (Santos Jr., 2009).

Nesse contexto, o TIJR mostra-se como uma tática de resistência civil não violenta ao silêncio imposto às vítimas, à negação do valor da vítima. Ele constitui-se em um espaço para a narrativa da vítima, reconhecendo ser o crime cometido não só contra o Estado e a sociedade internacional, mas também contra o indivíduo. O crime viola não apenas regras, mas quebra relações sociais. A reparação do dano causado pelo crime, das consequências do crime para a vítima é o objetivo central da noção de justiça restaurativa. O TIJR, como sua designação informa, tem a vítima como um dos destinatários principais de sua atuação e da mensagem a ser comunicada pelo direito internacional penal.

A centralidade da vítima não afasta, todavia, o agressor. O ideal é que a vítima e o infrator e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade participem coletiva e ativamente no desenvolvimento de soluções que permitam reparar os danos causados pelo crime. (Bazemore, et al., 2005) A noção de justiça restaurativa busca criar um ambiente que facilite a atribuição de responsabilidades e a identificação dos danos sofridos pelas vítimas e comunidades, bem como a melhor forma de repará-los, a partir da participação dos envolvidos no conflito.

No entanto, até o momento, nenhum indivíduo que tenha sido acusado nas narrativas das vítimas ou que se reconheça responsável por algum crime compareceu perante o TIJR²⁵. Essa situação é comum a vários tribunais do povo, o que pode questionar não apenas o papel restaurador destas instituições, mas também a sua legitimidade (Byrnes, 2012). No caso de El Salvador, o TIJR tem buscado afastar o impacto negativo do não envolvimento dos acusados em sua legitimidade voltando-se para responsabilidade internacional do Estado.

25 Cumprir observar que representantes do Estado também não têm participado da iniciativa, ainda que não tenham sido acusados. Para limitar o impacto deste posicionamento estatal em sua legitimidade, o TIJR tem buscado indicar um defensor do Estado.

A ausência dos perpetradores, apesar de dificultar o processo de restauração, não o impede. Ela exige, todavia, a redefinição do destinatário principal do direito internacional penal e a mensagem a ser-lhe comunicada. Nessa perspectiva, o reconhecimento das violações cometidas e do sofrimento vivido almeja (re)afirmar o valor das vítimas como sujeitos cujos direitos devem ser respeitados, evitando que a Lei de Anistia resulte na afirmação da suposta superioridade do perpetrador em relação à vítima. A dignidade da vítima, negada durante o conflito, é reafirmada não apenas pelo reconhecimento do sofrimento que lhe foi causado, mas também pela censura do crime pela sociedade civil internacional organizada ali representada.

Assim, o TIJR constitui-se em um espaço de transformação da narrativa do trauma e de restauração da dignidade da vítima. No momento em que as experiências narradas são oficialmente reconhecidas e validadas, o TIJR configura-se em um espaço de resistência das vítimas.

[E]ste mecanismo, como modelo alternativo de aplicação da justiça oficial, permite, entre outras coisas, expurgar fantasmas e medos que os sobreviventes guardam por mais de vinte anos, e fazê-lo diante de seus familiares, de sua comunidade, de seu próprio espelho, e em viva voz, restabelecendo a audácia, a rebeldia e a dignidade. É um momento em que ocorre uma espécie de catarse individual e comunitária e que alcança dimensões inimagináveis em razão da gravidade das violações que foram perpetradas. Este é um efeito surpreendente desse tipo de iniciativa que jamais poderá ser alcançado pela justiça tradicional, dadas as limitações próprias de sua lógica formalista (Proner, 2012).

Ao participar das audiências públicas e descrever o ocorrido, as vítimas podem retomar o controle sobre suas vidas, afastado durante o processo de vitimização. Quanto a esse aspecto, é interessante observar que a própria vítima ao articular a sua experiência por vezes já a caracteriza como um determinado crime internacional, evidenciando a possibilidade de compartilhamento de seu significado. O TIJR ao considerar cuidadosamente a narrativa da vítima em suas decisões, inclusive a sua apropriação de categorias do direito internacional penal, reconhece a agência da vítima. Como afirma Maya:

... la voz de las víctimas se escucha también a través de las resoluciones judiciales o morales de nuestro Tribunal. Y esa voz permanente y reiterada constituye un soporte esencial para el avance progresivo de la justicia salvadoreña hacia la aplicación interna de los postulados vigentes del derecho internacional (Maya, 2009-2015, p. 116).

O TIJR opera, portanto, não apenas como instrumento amplo de resistência da sociedade civil, mas também como um espaço de resistência de um grupo particular de indivíduos: as vítimas. Ele é um espaço em que as vítimas resistem ao silêncio que lhes é imposto oficialmente pela Lei de Anistia, à negação de seu status de sujeito de direito e, conseqüentemente, ao não reconhecimento da violação de seus direitos e ao monopólio do uso e da interpretação do direito pelo Estado. Neste sentido, o TIJR constitui-se também em um espaço de consolidação de direitos ao reconhecer que “la idea del Derecho encierra una antítese ... de la que es completamente inseparable, a saber, la de la lucha y la paz; la paz es el fin último del Derecho, y la lucha el medio para alcanzarlo” (Muguerza, 2000, p. 58).

Considerações finais

De acordo com Teitel, justiça de transição pode ser definida como uma concepção de justiça associada a períodos de mudança política, caracterizada pela adoção de respostas legais para lidar com as violações cometidas pelo regime anterior (Teitel, 2003, p. 69). No caso de El Salvador, além da transição para a democracia, era necessária a transição para a paz. Esse contexto traz à tona uma série de particularidades políticas, institucionais e jurídicas para se pensar a forma pela qual as violações de direitos humanos e de direito internacional humanitário cometidas em El Salvador durante o conflito armado devem ser abordadas. Essas particularidades são ilustradas pela Lei de Anistia, a qual, em sua denominação, afirma ser um instrumento de consolidação da paz.

As narrativas das inúmeras vítimas ouvidas nas sessões do TIJR permitem, todavia, questionar a efetividade da anistia como mecanismo de consolidação da paz, sobretudo caso não se adote uma visão restrita de paz, ou seja, a paz como a ausência de conflito²⁶. Na verdade, até mesmo a utilização do termo paz, em sua acepção restritiva, para a caracterização do contexto salvadorenho pode ser questionada pela expansão da violência urbana (IDHUCA, 2009). Para Proner (2012), “a violência das ruas tem conexão direta e indireta com os efeitos da guerra civil”.

O recurso à violência reflete o não reconhecimento do outro como sujeito de direitos. Em um contexto caracterizado pela desigualdade e injustiça social, bem como pela impunidade o outro é instrumentalizado ou visto como inimigo. É justamente

26 Um dos expoentes de uma perspectiva mais ampla de paz é Galtung. Veja: GALTUNG, J., *Theories of Peace: A Synthetic Approach to Peace Thinking*. Oslo: International Peace Research Institute, 1967. Disponível em: https://www.transcend.org/files/Galtung_Book_unpub_Theories_of_Peace_-_A_Synthetic_Approach_to_Peace_Thinking_1967.pdf A complexidade da noção de paz é discutida também em WIBERG, Hakan, “Investigação para a Paz: Passado, presente e futuro”, 71 *Revista Crítica de Ciências Sociais* 2005

contra este processo de negação dos direitos alheios que a noção de justiça de transição ganha relevância.

A justiça de transição, além do reconhecimento dos processos de vitimização, busca o comprometimento do estado democrático de direito com a efetividade dos direitos fundamentais e suas obrigações internacionais, o que é capaz de fortalecer a confiança nas instituições públicas. Perante essa percepção, é natural que as análises sobre justiça de transição se voltem para medidas concretas adotadas em relação às atrocidades praticadas, à reforma institucional e à democratização. Essas medidas são, em grande parte, apoiadas pelo próprio Estado. Trata-se de um posicionamento estatal, de um esforço oficial, que envolve processos de responsabilização penal individual, medidas de reparação socioeconômicas, expurgos e mudanças institucionais. No entanto, em El Salvador, tais medidas não se concretizaram.

Como nos lembra Arthur, o campo da justiça de transição desenvolveu-se a partir da interação entre ativistas de direitos humanos, advogados, jornalistas e acadêmicos (Arthur, 2009). O TIJR retoma, enquanto tribunal do povo, a centralidade da sociedade civil no desenho de medidas e políticas capazes de aprimorarem as instituições de El Salvador enquanto Estado Democrático de Direito. Ele permite a apropriação pela sociedade civil da noção de justiça de transição e seus mecanismos, trazendo à tona a relevância da resistência civil não violenta como instrumento de mudança.

Referências bibliográficas

- Arthur, P. (2009). How “transitions” reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice, *Human Rights Quarterly*, 31, p. 321-367.
- Bazemore, G., O’Brien, S., Carey, M. (2005). The synergy and substance of organizational and community change in the response to crime and conflict: the emergence and potential of restorative justice, *Public Organization Review: A Global Journal*, 5, p. 287-314.
- Blatz, C. V. (2006). Reason, peace, transitional justice, and punishment, *International Journal of Peace Studies*, 11, p. 59-89.
- Bueno, T. V. (2003). Los derechos de las víctimas. Em J. M. Mardones e R. Mate (eds), *La ética ante las víctimas* (p. 155-173), Barcelona: Antrhops.
- Buergenthal, T. (1996). *La comisión de la verdad para El Salvador. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Estudios especializados de derechos humanos I*. San José: IIDH, p. 11-62.

- Byrnes, A. (8 de Outubro de 2012). *Claiming international law for the people: the persistence and role of civil society tribunals in the modern world*. Disponível em: <http://www.ahrcentre.org/topics/peoples%E2%80%99-tribunals-and-international-law> Acesso em 31 de janeiro de 2015.
- Chenoweth, E., Cunningham, K. G. (2013). Understanding nonviolent resistance: an introduction, *Journal of Peace Research*, 50, p. 271-276.
- Chomsky, N. (1995). *La cultura del miedo*, Cambridge, disponível em: <http://www.inventati.org/ingobernables/textos/anarquistas/Chomsky%20-%20La%20Cultural%20del%20miedo.htm>
- CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*. Sentença. 25 de octubre de 2012.
- Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la locura a la esperanza*, Doc. NN. UU. S-25500, Anexos, 1993.
- Corlett, A. (2003). *Race, Racism and Reparations*. Cornell University Press, New York.
- Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. (1992). *Acuerdos de El Salvador: En el camino de la paz*, Doc. DPI/1208-92615.
- Drumbl, M. A. (2003-2004). Toward a Criminology of International Crime, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19, p. 263-282.
- Duff, A. (1998). Law, language and community: some preconditions of criminal liability, *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, p. 189 -206.
- Duff, A. (2003). *Punishment, Communication and Community*. Oxford University Press, Oxford.
- Fehl, C., (2009). Explaining the International Criminal Court: A Practice Test for Rationalist and Constructivist Approaches, em S. C. Roach, *Governance, Order and the International Criminal Court: Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court* (p. 75-105), Oxford, Oxford University Press.
- Feinberg, J., (1970). *Doing and deserving: essays in the theory of responsibility*, Princeton University Press, Princeton.
- Gallardo, H. (2014). *Teoria Crítica: Matriz e Possibilidade de Direitos Humanos*, São Paulo, Unesp.

- Galtung, J. (1967). *Theories of peace: a synthetic approach to peace thinking*, Oslo: International Peace Research Institute. Disponível em: https://www.transcend.org/files/Galtung_Book_unpub_Theories_of_Peace_-_A_Synthetic_Approach_to_Peace_Thinking_1967.pdf
- Giraldo, S. B. (2006). Cuando los actores no estatales sí importan: el caso de Amnistía Internacional, *Colombia Internacional* 63, p. 190-197.
- Greiff, P. (2002). Deliberative Democracy and Punishment, *Buffalo Criminal Law Review*, 5, p. 373-403.
- Habermas, J. (1998). *The inclusion of the other: studies in political theory*, Cambridge: MIT Press.
- Habermas, J. (2004). America and the World: a conversation with Jürgen Habermas, *Logos*, 3.
- Habermas, J. (2004). *Verdade e Justificação: Ensaio Filosófico*, São Paulo: Edições Loyola.
- Harbele, P. (1997). *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre.
- Hayden, P. (2009). Political evil, cosmopolitan realism, and the normative ambivalence of the International Criminal Court, em S. C. Roach, *Governance, Order and the International Criminal Court: Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court* (p. 157-177), Oxford, Oxford University Press.
- Hildebrandt, M. (2006). Trial and 'Fair Trial': from peer to subject to citizen, em A. Duff et al (ed), *The Trial on Trial* (p. 15-36), Oxford, Hart Publishing, 2.
- Instituto de Derechos Humanos de La Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (2009). *El Salvador: verdad, justicia y reparación: deudas históricas con las víctimas y la sociedad*, AECID: San Salvador,
- Kauffman, Z. (2008). Transitional justice delayed is not transitional justice denied: contemporary confrontation of Japanese human experimentation during World War II, *Yale Law and Policy Review*, 26, p. 645-659.
- Keck, M. E. & Sikkink, K. (1998). *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. London: Cornell University Press.
- Lyra Filho, R. (1982). *O que é direito?*, São Paulo: Editora Brasiliense.

- Martínez, B. C., (2005). Los dos rostros de la sociedad salvadoreña, em: G. P. Oreamuno, L. A. N., & Galli, G. (ed.), *Verdad, justicia y reparación: desafíos para la democracia y la convivencia social* (p. 145-174), Instituto Interamericano de Derechos Humanos e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral.
- Maya, J. R. J., (2015). La experiencia del Tribunal Internacional para la Aplicación de la Justicia Restaurativa en El Salvador (2009-2015). *Estudios Centroamericanos*, 70(740), p. 107-111.
- Mégret, F. (2005). In defense of hybridity: towards a representational theory of international criminal justice. *Cornell International Law Journal*, 38, p. 725-752.
- Muguerza, J. (s.f.). *Cosmopolitismo y Derechos Humanos*, Disponível em http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/DUQUE_AHUMADA/14/1_JAVIER%20MUGUERZA.PDF
- Muguerza, J. (2000). La lucha por los derechos (un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal). *Revista Internacional de Filosofía Política*, 15, p. 43-59.
- Muguerza, J. (2003). La no-violencia como utopía, em: J. M. Mardones e R. Mate (eds), *La ética ante las víctimas* (p. 11-26), Barcelona, Antrhopos.
- Pascual, C. G., (s.f.). *Cidadania Cosmopolita*. Disponível em <http://www.uv.es/CEFD/8/garciac.pdf>
- Permanent People's Tribunal, (s.f.). *Introdução*. Disponível em http://www.internazionaleleliobasso.it/?page_id=207&lang=en, Acesso em: 30.01.2015.
- Proner, C., (2012). Feridas abertas em El Salvador e a Justiça Restaurativa, em *Carta Maior*. Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Feridas-abertas-em-El-Salvador-e-a-Justica-Restaurativa%0D%0A/5/25005>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015
- Risse, T. e Sikkink, K. (1999). The socialization of international human rights norms into domestic practices: introduction, em T. Risse e K. Sikkink, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change* (p. 01-38), Cambridge, Cambridge University Press.
- Roht-Arriaza, N. (1999). Institutions of International Justice, *Journal of International Legal Affairs*, 52(2), p. 473-491.
- Sala, R. R. (1994). “El Salvador: La negociación del acuerdo de paz: ¿Un modelo para el mundo?”, *Realidad*, Núm. 37, p. 89-134.

- Santos JR, Belisário do. (2009). A justiça restaurativa de El Salvador, *Le Monde Diplomatique*, Brasil, Disponível em <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=588>. Acesso em 30 De janeiro de 2015.
- Slaughter, A. M. (1994-1995). A typology of transjudicial communication, *University of Richmond Law Review*, 99, p. 99-137.
- Sloane, R. (2007). “The expressive capacity of international punishment: the limits of national law analogy and the potential of international criminal law”, em *Stanford Journal of International Law*, Núm. 43, 2007, p. 39-94.
- Struet, M. J., (2009). The politics of discursive legitimacy: understanding the dynamics and implications of prosecutorial discretion at the international criminal court (p. 107- 132), em S. C. Roach, *Governance, Order and the International Criminal Court: Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court*, Oxford: Oxford University Press.
- Tallgren, I., (2014). Who are ‘we’ in international criminal law? On critics and membership, em Schwöbel, C. *Critical approaches to international criminal law* (p. 71-95), London, Routledge.
- Teitel, R., (2003). Transitional Justice Genealogy, em *Harvard Human Rights Journal*, 16, p. 69-94.
- Terrell, F. (2005). *Unofficial accountability: a proposal for the Permanent Women’s Tribunal on Sexual Violence in Armed Conflict*. Disponível em http://www.utexas.edu/law/centers/humanrights/get_involved/writing-prize.php. Acesso em 31 de janeiro de 2015.
- Tío, J. M. T. (13 de abril de 2014). Sanar heridas para alcanzar la paz, *Las Provincias*.
- Villalpando, S. (2010). The legal dimension of the international community, em *European Journal of International Law*, 21, p. 387-419.
- Wiberg, H. (2005). Investigação para a paz: passado, presente e futuro, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 71, p. 21-42.

Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso Fiscalía vs. Lubanga Dyilo

The Lack of a Gender Approach in the International Criminal Court: A Look at the Case of The Prosecutor v. Lubanga Dyilo

Ausência de uma perspectiva de gênero na corte penal internacional: uma olhada ao caso Ministério Público v. Lubanga Dyilo

Natalia Paz Morales Cerda*

Fecha de recepción: 5 de abril de 2015.

Fecha de aprobación: 18 de septiembre de 2015.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.03](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.03)

Para citar este artículo: Paz, N. (2015). Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso Fiscalía vs. Lubanga Dyilo. Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP, 4, 65-85, doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.03](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.03)

Resumen

La ausencia de una perspectiva de género en la labor de la Corte Penal Internacional es una de las principales deficiencias del actual sistema penal internacional. Esto ha tenido consecuencias que son evidentes en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo, el cual ha dejado una importante deuda para el funcionamiento de los órganos de la Corte Penal Internacional. Al respecto, la Corte Penal Internacional debe invocar una solución de continuidad en la consagración de los derechos humanos fundamentales y dar cabida a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, cuyo fundamento como derecho aplicable se recoge en el párrafo 3 del artículo 21 del Estatuto de Roma. La discriminación por motivos de género es estructural y requiere la adopción de medidas efectivas por parte de la comunidad internacional para su erradicación. En ese sentido, la Corte Penal Internacional debe

* Egresada de la carrera de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

reconocer en el género un elemento transformador del Derecho, identificar aquellos rasgos comunes en la subordinación femenina que típicamente ha motivado crímenes basados en este y propiciar sentencias con contenido de género.

Palabras claves: perspectiva de género, discriminación estructural, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, caso Lubanga Dyilo.

Abstract

The lack of a gender perspective in the work of the International Criminal Court is one of the main shortcomings of the current international criminal system. This has had consequences which are evident in the case against Thomas Lubanga Dyilo, which has left a significant debt to the functioning of the organs of the International Criminal Court. The International Criminal Court must invoke a continuum in the consecration of fundamental human rights and accommodate the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on the subject, whose foundation as an applicable law is found in paragraph 3 Article 21 of the Rome Statute. Discrimination based on gender is structural and requires the adoption of effective measures by the international community for its eradication. In this regard, the International Criminal Court has to recognize gender as a transformational element of law, identify common trends in the subordination of women which have typically motivated gender based crimes, and consider this while determining sentences with gender content.

Key words: gender perspective, structural discrimination, Inter-American Court of Human Rights, International Criminal Court, Lubanga Dyilo case.

Resumo

A ausência de uma perspectiva de gênero no trabalho da Corte Penal Internacional é uma das principais deficiências do atual sistema penal internacional. Isto tem tido consequências que são evidentes no caso contra Thomas Lubanga Dyilo, o qual tem deixado uma importante dívida para o funcionamento dos órgãos da Corte Penal Internacional. Ao respeito, a Corte Penal Internacional deve invocar uma solução de continuidade na consagração dos direitos humanos fundamentais e ter cabimento à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na matéria, cujo fundamento como direito aplicável se recolhe no parágrafo 3 do artigo 21 do Estatuto de Roma. A discriminação por motivos de gênero é estrutural e requiere a adoção de medidas efetivas por parte da comunidade internacional para a sua erradicação. Nesse sentido, a Corte Penal Internacional deve reconhecer no gênero um elemento transformador do Direito, identificar aqueles rasgos comuns

na subordinação feminina que tipicamente tem motivado crimes baseados neste e propiciar sentenças com conteúdo de gênero.

Palavras-chaves: perspectiva de gênero, discriminação estrutural, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Penal Internacional, caso Lubanga Dyilo.

Introducción al caso Lubanga: cuestiones de hecho y de derecho

El 14 de marzo de 2012 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2012), la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional (CPI o la Corte) condenó a Thomas Lubanga Dyilo, exlíder rebelde congolés, como coautor de los crímenes de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización de menores de 15 años para participar activamente en hostilidades en el contexto de un conflicto armado no internacional en la provincia de Ituri, República Democrática del Congo (RDC o Congo) durante el período septiembre de 2002 y agosto de 2003, de conformidad a los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) del Estatuto de Roma (ECPI).

En octubre de 2012, y de conformidad al artículo 81 (1) (b) ECPI, Lubanga Dyilo presentó un recurso de apelación alegando violación a su derecho a un juicio justo, así como a errores de hecho y derecho (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2014). El 1 de diciembre de 2014, la Sala de Apelaciones de la CPI rechazó el recurso presentado por Lubanga Dyilo, confirmado tanto la condena como la pena impuesta.

Durante la fase de juicio se presentaron importantes evidencias de violación y esclavitud sexual, particularmente en relación a la conscripción o reclutamiento compulsivo de niñas soldados. Los testimonios aducidos daban cuenta de la calidad de esclavas sexuales de las niñas por parte de los comandantes de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo, cuyo líder era Thomas Lubanga Dyilo, y las violaciones que los niños soldados cometieron bajo intimidación. No obstante, y en conocimiento de dichas circunstancias, la Fiscalía decidió centrarse únicamente en los cargos antes mencionados, ignorando las implicancias que los delitos de violencia sexual tienen sobre la integridad física y psíquica de las víctimas. Esta decisión de la Fiscalía no consideró el mandato de género contenido en el artículo 54 (1) (b) ECPI que exige la adopción de medidas necesarias para asegurar la eficacia de la investigación y enjuiciamiento de todos los crímenes de competencia de la Corte, en particular de aquellos crímenes de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños, ni el principio general de la regla 86 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) que otorga prioridad a los niños y niñas, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género.

Al respecto, la Sala de Primera Instancia I de la CPI expresó que, aun siendo evidente la existencia de crímenes sexuales, la confirmación de cargos no los contemplaba, y en consecuencia la Sala no podía exceder de los hechos y circunstancias aducidas por la Fiscalía (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2014). La jueza Elizabeth Odio Benito, por su parte, expresó en su opinión disidente que la violencia sexual y otros tratos degradantes eran elementos del delito de alistamiento y reclutamiento de niños y niñas en las hostilidades, toda vez que estos son sujetos protegidos frente al delito de reclutamiento de menores porque el riesgo que corren al incorporarse a tales grupos proviene tanto de grupos enemigos, como de sus propios grupos que emplean tratos degradantes, tortura, violencia sexual y otras actividades violatorias de los derechos fundamentales de niños y niñas (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2012). Para la jueza Odio Benito, la violencia sexual contra niños y niñas en los grupos armados causa un daño irreparable y es consecuencia directa e inherente del involucramiento de esos niños en los grupos armados (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2012). Por otro lado, una parte de la doctrina sostuvo que aun cuando la Fiscalía no imputare cargos de violencia sexual, la Sala de Primera Instancia I de la CPI debió modificar la tipificación jurídica de los hechos, fundamentando en base a la Norma 55 del Reglamento de la CPI (Merope, 2011, pp. 314–315).

Respecto a la concurrencia de circunstancias agravantes en el caso en comento, la acusación solicitó contra Lubanga Dyilo, entre otras, la agravante de motivos discriminatorios, contenida en las regla 145 (2) (b) (v) RPP, y la agravante de violencia sexual. Sobre la primera, la Sala de Primera Instancia I de la CPI sostuvo la falta de evidencia de que Lubanga Dyilo hubiese discriminado “deliberadamente” a las mujeres al cometerse los hechos (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2012). En ese sentido, al aludir el carácter intencional de los motivos discriminatorios, parece evidente que la sentencia atribuye naturaleza individual a esta agravante. Al respecto, llama la atención la ausencia de un análisis profundo acerca de las características socioculturales de la República Democrática del Congo, que permita identificar y comprender las relaciones de poder y exclusión dentro de la comunidad basadas en el género. En relación al agravante de violencia sexual, este no se consideró procedente debido a la ausencia de evidencia de que fue realizado en el contexto de los crímenes por los cuales Lubanga Dyilo era juzgado (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2012).

Todo lo anterior da cuenta de la absoluta prescindencia de una perspectiva de género que informara a los órganos de la CPI en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo. En ese sentido, es dable afirmar que el *interés de la justicia* se consideró desde la neutralidad del Derecho, que perpetúa condiciones de discriminación y exclusión por motivos de género, sin considerar los derechos e intereses de las víctimas.

En consecuencia, urge incorporar una perspectiva de género en el trabajo de las instituciones de la CPI a partir del mandato de género contenido en el ECPI, en concordancia con una exhaustiva aplicación del sistema de fuentes contenido en el artículo 21 ECPI, que dé cabida a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Siendo ese el objetivo, en el presente trabajo analizaré, en primer lugar, qué se entiende por perspectiva de género y cuál es su utilidad. En segundo lugar, examinaré el mandato de género contenido en el ECPI. En tercer lugar, me referiré al derecho aplicable por la Corte, de conformidad al artículo 21 ECPI. Luego, analizaré minuciosamente la perspectiva de género que la Corte IDH ha incorporado en sus pronunciamientos, a efectos de reconocer las variables que la CPI debiese incorporar en sus análisis. Finalmente, me referiré a la deuda pendiente que el caso Lubanga Dyilo ha dejado para la CPI y presentaré una propuesta de solución.

1. Perspectiva de género

¿Qué es lo que tiene la experiencia de las mujeres para producir una perspectiva particular de la realidad social? ¿Cómo se genera un punto de vista determinado y una hermenéutica interpretativa de la vida social en el grupo de las mujeres?

Catharine A. MacKinnon

Alda Facio Montejó (1995, Noviembre) sostiene que el género “hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos que hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos. A partir de las diferencias biológicas se construyen características, actitudes, expectativas y roles para cada sexo”. En tal orden de ideas, podemos sostener que el enfoque o perspectiva de género constituye una categoría de análisis que obliga a visibilizar las diferencias sociales, culturales, biológicas, psicológicas y ambientales en las relaciones entre las personas según su sexo, edad, etnia, situación socioeconómica y rol que desempeñan en el grupo social, a efectos de lograr la igualdad entre ellas (Tramontana, 2011; Facio & Fries, 1999). Así, las instituciones han de sensibilizarse frente a las diferencias entre los géneros, reconociendo que unos y otros requieren un tratamiento diferenciado en la consecución de un trato digno e igualitario (Nash, 2013: 24; Bayefsky, 1990: 12)¹.

1 En el derecho internacional de los derechos humanos podemos ver que la dimensión en la que somos iguales es en dignidad y derechos, pero el que sean derechos los que deben ser igualados, no implica que la igualdad solo deba ser entendida en el plano jurídico formal. El goce de los derechos debe ser efectivo y la igualdad debe ser comprendida como un elemento de hecho (Sarmiento, 2013).

La estrategia de la transversalidad del enfoque de género surgió en la III Conferencia Mundial de la Mujer de Nairobi (1985), ocasión en la que se promovió un cambio de paradigma en el cual los problemas de las mujeres dejaron de ser considerados de forma aislada, y pasaron a ser considerados como el resultado de un sistema que les impone roles dependientes y excluidos de la sociedad. A partir de allí, comenzó a elaborarse en Naciones Unidas el enfoque denominado Género en el Desarrollo (*GAD*, “*Gender and Development*”). Este enfoque recogía las experiencias de marginalización de las mujeres en los programas y políticas públicas, e intentaba corregir esa situación (UN, 1985). Posteriormente, la evaluación de los resultados de la globalización y modelos neoliberales sobre las mujeres, hizo evidente que ni los procesos económicos ni las políticas públicas podían ser neutrales en términos de género. Unos y otros afectaban de forma diferente a hombres y mujeres (Hafner-Burton & Pollack, 2002). En ese escenario, la *perspectiva de género* apareció como un instrumento adecuado para analizar el disímil impacto sobre hombres y mujeres de los procesos económicos y políticos. Fue así como en el marco de la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing (1995), oportunidad en la que se renovó el compromiso de la comunidad internacional con el objetivo de alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, se hizo un llamado a integrar la perspectiva de género en todas las políticas y programas para analizar sus consecuencias en hombres y mujeres, respectivamente (UN, 1995).

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) ha definido la transversalización de la perspectiva de género de la siguiente manera:

... es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros (ECOSOC. Conclusiones acordadas – 1997/2, 18 de julio de 1997/2).

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿cuál es la utilidad del enfoque o perspectiva de género? La perspectiva de género permite valorar cómo una determinada situación afecta de manera diferente a cada persona en atención al sexo, edad, etnia

y situación socioeconómica; además, tiene en cuenta el lugar que ocupa el sujeto en el grupo familiar y social, lo que permite analizar las relaciones de poder y cómo el ejercicio de este genera típicamente violencia y discriminación. La aplicación de la perspectiva de género enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella, permitiendo visibilizar inequidades construidas de manera artificial y detectar de mejor manera la especificidad en la protección que precisan quienes sufren discriminación (Badilla y Torres, 2004: 95; Palacios, 2011). Por ejemplo, en los casos de violencia sexual, un enfoque de género nos permitiría reconocer la interacción de factores sociales, políticos y culturales —tradicional ideas sobre el matrimonio y la familia, roles de género, función de los medios de comunicación, la mujer como botín de guerra, entre otros— y cómo estos contribuyen a perpetuar conductas violentas en una sociedad patriarcal.

2. Mandato de género en la Corte Penal Internacional

La inclusión de una perspectiva de género en el ECPI es el logro más importante del Caucus por la Justicia de Género que participó en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional en Roma en 1998. Como consecuencia de este cambio de paradigma, desde las investigaciones iniciales realizadas por la Fiscalía, hasta el pronunciamiento de resoluciones por parte de los magistrados, todos los órganos de la CPI deben responder a conceptos de justicia y equidad de género (Odio Benito, 2014).

Magdalena M. Martín e Isabel Lirola (2013) señalan que la introducción del enfoque de género en el sistema judicial penal internacional se manifiesta en cuatro indicadores o áreas claves: (i) definición del término “género”; (ii) dimensión institucional o estructural; (iii) dimensión sustantiva legal; (iv) dimensión procedimental. A continuación analizaré brevemente cada uno de estos aspectos.

En primer lugar, no hemos de perder de vista que de una trágica invisibilidad, la adopción del ECPI supuso un avance cualitativo hacia la incorporación de la perspectiva de género en el sistema de justicia penal internacional. El ECPI incorporó una definición que, si bien no estuvo exenta de críticas (Oosterveld, 2005: 54)², permitió que se incluyeran disposiciones que a la postre han configurado lo que llamamos “mandato de género” en la CPI (Odio Benito, 2014: 261; Zorrilla, 2005: 31; Martin & Lirola, 2013: 35). Así, el artículo 7 (3) ECPI reza:

2 La redacción fue producto del consenso necesario para vencer a la oposición de delegaciones muy dispares, como eran por un lado los grupos feministas y por otro, el Vaticano y los grupos islamistas radicales. Las críticas apuntan a que la definición, además de apartarse de la contenida en otros instrumentos internacionales como la Declaración de Beijing, no da cuenta de la construcción social de los roles de género y consecuentes jerarquías que subyacen a los mismos.

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepciones que la que antecede.

En segundo lugar, respecto a la dimensión institucional o estructural, que atañe a la composición y administración de la Corte, el artículo 36 (8) (a) (iii) ECPI impone una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres; mismo criterio es instruido a la Fiscalía y la Secretaría de la CPI para la elección del personal funcionario, de conformidad al artículo 44 (2) ECPI. En ambos casos, la doctrina ha entendido que la especial sensibilidad del personal femenino en los casos de crímenes sexuales es positiva tanto para la Corte como para las víctimas (Odio Benito, 2014, p. 262; Martin & Lirola, 2013, p. 36).

En tercer lugar, la dimensión sustantiva legal se refiere a la presencia del enfoque de género en la normativa que compone el sistema de justicia penal internacional; a saber, ECPI, Elementos de los Crímenes y RPP. En este sentido, los artículos 7 y 8 ECPI comprenden crímenes de violencia sexual y basados en el género, los que cumpliendo los demás requisitos legales serán considerados crímenes de lesa humanidad o de guerra, respectivamente. Por otro lado, el artículo 21 (3) ECPI dispone que la CPI no podrá hacer distinción alguna en razón de género y deberá aplicar e interpretar el derecho de forma compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En cuarto y último lugar, la dimensión procedimental de la perspectiva de género se plasma en las secciones V y VI del ECPI, con disposiciones relativas a las necesidades especiales de las víctimas de crímenes de violencia sexual; así como en las reglas 17 a 19, 86, 90 y 112 RPP, que desarrollan el mandato contenido en el artículo 68 ECPI sobre protección de víctimas y testigos y su participación en las actuaciones, conforme al cual la Corte debe tomar en consideración el género para propender a la seguridad y el bienestar físico y psicológico de víctimas y testigos. Este precepto reconoce que la victimización afecta de manera distinta a hombres y mujeres. Adicionalmente, la regla 145 (2) (b) (v) RPP sobre imposición de la pena, considera como circunstancia agravante que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21 del ECPI.

Los dimensiones mencionadas dan cuenta que el mandato de género de la CPI no pretende aislar la materia ni estereotipar a la mujer como única víctima de crímenes con connotación de género; por el contrario, el ECPI recoge un cambio de paradigma sociocultural y político que reconoce al género como una variable determinante en las construcciones legales. En este sentido, los órganos de la Corte

están llamados a no perder de vista que la pretendida neutralidad del Derecho solo consigue mantener intocable la subordinación y discriminación de las mujeres (Facio y Fries, 1999: 59; MacKinnon, 1995).

3. Derecho aplicable por la Corte Penal Internacional

El artículo 21 ECPI establece un orden de prelación sobre las normas y disposiciones que la CPI debe aplicar para resolver los casos que se le presenten. Así, de conformidad al artículo 21 (1) (a) ECPI, la Corte debe aplicar el propio Estatuto, las RPP y los Elementos de los Crímenes, así como las regulaciones de la Secretaría y del Fondo Fiduciario. De conformidad al artículo 21 (1) (b) ECPI, y cuando proceda, debe aplicar los tratados, principios y normas de derecho internacional aplicables, incluso aquellos establecidos por el derecho internacional de los conflictos armados. Finalmente, y en defecto de lo anterior, el artículo 21 (1) (c) ECPI reza que la CPI podrá aplicar los principios generales del derecho que derive la propia Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo.

Luego, el artículo 21 (2) ECPI faculta a la Corte para aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores; mientras que el artículo 21 (3) ECPI establece que la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos de género, edad, raza, color, religión o credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

Debemos prestar especial atención al párrafo 3 del artículo 21 ECPI, toda vez que este establece un límite superior de respeto a los derechos humanos, cuya función es obligar a los jueces a actuar de manera compatible con estos. Por decirlo de algún modo, es una guía a los magistrados en la interpretación y aplicación de otras fuentes de derecho, que introduce parámetros externos en el sistema de la CPI a efectos de comprobar la compatibilidad de la actividad de esta Corte con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Fronza, 2011). Esta disposición, en consecuencia, atribuye una singular relevancia a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Cabe mencionar que la Corte Penal Internacional en el caso Lubanga Dyilo se refirió a la eficacia preceptiva de los derechos humanos, vinculantes para la interpretación y aplicación de las normas:

¿Tiene la víctima cualquier otro recurso a favor o para protegerse en contra de las violaciones de sus derechos básicos? La respuesta depende de la interpretación del artículo 21(3) del Estatuto de Roma, su extensión y ámbito. **El artículo 21(3) del Estatuto de Roma estipula**

que el derecho aplicable bajo el Estatuto debe ser interpretado y aplicado en concordancia con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los derechos humanos sustentan el Estatuto; todos los aspectos del mismo, incluyendo el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. **Sus disposiciones deben ser interpretadas, y más importante que ello, aplicadas en concordancia con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...**

(Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, traducción de la autora.
Énfasis agregado, 2006, párr. 37)

En el mismo caso, en la sentencia relativa a la apelación contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada ‘Decisión relativa a la solicitud de puesta en libertad provisional de Thomas Lubanga Dyilo’, el magistrado Georghios M. Pikis en su voto disiente afirmó que la expresión “derechos humanos internacionalmente reconocidos” debía ser entendida de manera tal que llevara a la Corte a recurrir a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y convenciones internacionales y regionales sobre derechos humanos (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2013). De forma análoga, la Sala de Cuestiones Preliminares I al pronunciarse sobre la noción de daño, nuevamente se refirió al artículo 21 (3) del ECPI y por su intermedio, a la jurisprudencia de la Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2008).

Así, fundamentando en el artículo 21 (3) ECPI, la Corte debe dar cabida a la jurisprudencia de la Corte IDH mediante la adopción de conceptos, elementos y criterios desarrollados por esta última en materia de género, que permitan emplear la perspectiva de género como categoría de análisis en las situaciones y casos sometidos al conocimiento de la primera³. Solo en la medida que los organismos internacionales sepan dar una solución de continuidad a la consagración de los derechos humanos fundamentales, podremos ser testigos de avances en la protección de los mismos. Al respecto, me uno a la opinión de Thompson (2014) en el sentido de que el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal internacional, son caras de la misma moneda, que es la protección al ser humano.

3 La jurisprudencia de la Corte IDH relativa a los derechos de la víctimas a la verdad y a la justicia ha cumplido un papel notable en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo referido al análisis de fondo realizado por la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre sí, como lo requiere el artículo 68.3 del ECPI, ciertas fases procesales constituyen fases convenientes para la participación de las víctimas (Olásolo y Galain, 2010).

4. Perspectiva de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A partir de 2006, la Corte IDH ha examinado con frecuencia casos relacionados con derechos humanos de la mujer y en particular con violencia de género, caracterizada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer como aquella dirigida contra la mujer porque es mujer o porque le afecta en forma desproporcionada (CEDAW, Recomendación General No. 19: La violencia contra la mujer, párr. 6). Casos como *Penal Castro Castro vs. Perú* (2006), *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009), *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* (2009), *Fernández Ortega y otras vs. México* (2010) y *Rosendo Cantú vs. México* (2010), han permitido el desarrollo de una jurisprudencia sensible a la discriminación y violencia de género que históricamente han sufrido las mujeres de la región (Fernández Valle, 2013). A continuación revisaré los dos primeros casos en los cuales la Corte IDH incluyó una perspectiva de género: casos *Penal Castro Castro* y “*Campo algodónero*”.

El primer hito de inclusión de la perspectiva de género en una sentencia de fondo de la Corte IDH data de finales de 2006, en el caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 2006. En este caso es posible reconocer el empleo de la categoría de análisis en comento a partir de la exposición de los hechos, la consideración del contexto en que estos ocurrieron y sus consecuencias específicas sobre las mujeres.

En cuanto a los hechos del caso, estos se referían a un operativo de las fuerzas de seguridad dentro del Penal Castro Castro que, con el supuesto objetivo de trasladar a las mujeres que se hallaban reclusas en el penal a una cárcel de máxima seguridad, realizaron un ataque premeditado destinado a atentar contra la vida e integridad de los prisioneros del penal que estaban acusados de delitos de terrorismo. La intervención de la Policía y las Fuerzas Armadas duró cuatro días y tres noches, y tuvo como saldo 42 prisioneros ejecutados, 175 heridos, otros 322 internos sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes, y la demolición parcial de dos pabellones de la prisión (*Miguel Castro Castro v. Perú*, 2006). Ahora bien, desde la perspectiva de género, la Corte IDH afirmó:

Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres

(*Miguel Castro Castro v. Perú*, énfasis agregado, párr. 223, 2006).

En este sentido, los representantes de las víctimas expusieron variados elementos que permitieron reconocer una especial crueldad en el trato hacia las mujeres. Uno de estos elementos es de carácter simbólico, toda vez que el operativo se desarrolló un día de visita femenina al penal, en la semana de la celebración del día de la madre en Perú. Así, ese domingo las madres de los prisioneros estarían recogiendo cadáveres de las morgues o visitando hospitales para saber si su ser querido había sobrevivido. De la misma forma, varias prisioneras sobrevivientes que eran madres, llevarían atado por siempre en la memoria la conexión entre el día de la madre y su sufrimiento extremo en dicha matanza (Palacios, 2011; Miguel Castro Castro v. Perú, 2006).

Otro elemento que dio cuenta de especificidades propias del caso basadas en el género, relaciona los actos de violencia, torturas psicológicas y ataques físicos a los que tanto las internas como las visitas —madres, hermanas y esposas de las víctimas— fueron sometidas (Miguel Castro Castro v. Perú, 2006). El tipo de insultos, la forma cómo eran golpeadas y el régimen de prisión que les negó acceso a elementos propios del cuidado femenino, atención ginecológica y derechos de maternidad, demostraron los aspectos de género insertos en las torturas infligidas y el daño específico en la mujer. De los hechos se desprende, en consecuencia, que la tortura tomó en consideración el género de la víctima (Palacios, 2011). Esto nos indica que la tortura no es neutral, y aun cuando una forma de tortura no sea específica ni exclusiva para la mujer, sus efectos sí tendrán especificidades propias del género, en la medida que esté dirigida a atacar la identidad femenina⁴.

Un tercer elemento a considerar fue la caracterización de la mujer en el contexto de un conflicto armado y su significado negativo en la comunidad. Durante el procedimiento ante la Corte IDH, el Estado peruano señaló que los hechos se enmarcaron en una “lógica de guerra al adversario” (Miguel Castro Castro v. Perú, 2006, párr. 235), de manera que las mujeres que se encontraban en el pabellón atacado eran consideradas parte de ese adversario. Esta caracterización ha sido ampliamente tratada por la doctrina, señalando que a menudo son consideradas portadoras simbólicas de la identidad cultural o étnica y productoras de las generaciones futuras, y en tales

⁴ La Corte IDH consignó en la sentencia lo que los propios órganos estatales peruanos habían reconocido: “Que el involucramiento de las mujeres en el conflicto armado cambió la percepción de la mujer y provocó ‘un trato más cruel y violento sobre aquellas mujeres consideradas sospechosas’, párr. 270. Por su parte, la representante de las víctimas en sus alegatos señaló que “... no existe tortura que no tome en cuenta el género de la víctima (...) demuestran los aspectos de género integrales a las torturas infligidas y el daño específico en la mujer *vis a vis* los hombres”, párr. 260 q) y r). Adoptar la terminología y perspectiva de género permite desmontar la tradicional visión de los conflictos armados como realidades neutras, así como cuestionar las afirmaciones que pretenden homogeneizar las consecuencias de los conflictos armados (Villellas, 2010).

situaciones son atacadas por el enemigo para destrozar o subvertir su rol (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006; Feria-Tinta, 2007; Zapico Barbeito, 2009). En Perú la participación de mujeres en grupos armados motivó concepciones dentro de la comunidad que atribuían a la mujer “mayor maldad”, toda vez que transgredían el género, la función que la sociedad peruana le asigna a la mujer, actuando de forma opuesta a lo que era considerado femenino. En ese sentido, la especial crueldad de la violencia ejercida contra las mujeres era vista como un castigo ejemplarizante a la “mujer terrorista” (Feria-Tinta, 2007, 33).

Finalmente, desde la óptica de la Corte IDH (2006), compartida por quien escribe, es importante no perder de vista el contexto en que se produjeron los hechos, ya que este constituye un entorno político e histórico determinante para el establecimiento de las consecuencias del caso. En materia de género, esta consideración es aun más relevante, pues permite visibilizar cómo la construcción social de los papeles de ambos sexos en el patriarcado, discrimina y excluye a las mujeres. Así, la Corte IDH tuvo en cuenta que desde la década del ochenta, en Perú se vivía un conflicto entre grupos armados y agentes de la fuerza policial y militar que generó violaciones sistemáticas a los derechos humanos, entre ellas torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados al margen de la ley (Miguel Castro Castro v. Perú, 2006), pues desde el golpe de Estado de abril de 1992, existía un régimen de facto que suspendió las institucionalidad democrática del país.

Luego del hito marcado en el caso Penal Castro Castro vs. Perú, la Corte IDH se pronunció en el caso conocido como “Campo algodoner”, cuyos hechos y consideraciones son los siguientes. El 6 y 7 de noviembre de 2001 se encontraron en un campo algodoner de Ciudad de Juárez ocho cuerpos de mujeres, entre ellos los de Claudia González, Esmeralda Herrera y Laura Ramos, víctimas del caso *sublite* ante la Corte IDH. Las tres desaparecieron en fechas y lugares diferentes, sin embargo, tenían en común que las tres eran mujeres jóvenes y de escasos recursos. Los familiares y amigos reportaron la desaparición a las autoridades competentes dentro de las primeras 72 horas de ocurrida; no obstante lo anterior, la Corte IDH observó que desde la denuncia hasta que se encontraron los cuerpos, las autoridades no realizaron mayores esfuerzos en la búsqueda, no investigaron diligentemente y adoptaron una actitud de minimizar la desaparición de las jóvenes con comentarios discriminatorios en razón de su edad y género. Los cuerpos fueron encontrados en estado de conservación incompleto, con hematomas y signos de estrangulamiento y violencia sexual (Caso González y otras (“Campo algodoner”) v. México, 2009).

A partir del contexto en el cual ocurrieron estos hechos, la Corte IDH pudo determinar la existencia de una discriminación estructural por motivos de género, lo cual influyó principalmente en la determinación de las reparaciones a las víctimas (Vázquez Camacho, 2011, p. 540). El primer elemento tenido en consideración fue una caracterización del lugar en el cual se produjeron las desapariciones. Ciudad de Juárez es una ciudad ubicada en el norte del estado de Chihuahua, en la frontera con El Paso, Texas, Estados Unidos. En Ciudad de Juárez existen elevados índices de desigualdad social y un fuerte desarrollo de delincuencia organizada, narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas y lavado de dinero, lo que ha incrementando los niveles de inseguridad y violencia. Desde el año 1993 ha existido un aumento significativo en el número de desapariciones y homicidios de mujeres y niñas en Ciudad de Juárez, siendo el género un común denominador toda vez que las niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres (Caso González y otras (“Campo algodoner”) v. México, 2009). Estos antecedentes permitieron constatar que la violencia motivada por el género está arraigada y normalizada en la comunidad de Ciudad de Juárez.

Un segundo elemento es el rol de la mujer, quien se hallaba subyugada y sometida al patriarcado imperante en el Estado mexicano. Al respecto, el propio Estado reconoció que los actos de violencia acaecidos en Ciudad de Juárez estaban “influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer” (Caso González y otras (“Campo algodoner”) v. México, 2009, párr. 129); además, arguyó que la modificación de roles familiares que generó la vida laboral de la mujer es uno de los factores estructurales que ha motivado situaciones violentas. Esto, según el Estado, generó conflictos al interior de la familia, en la que está fuertemente arraigada la mentalidad tradicional patriarcal, con una visión estereotipada de los papeles sociales de hombres y mujeres (Caso González y otras (“Campo algodoner”) v. México, 2009).

Otro elemento estimado por la Corte IDH fue la lenta e ineficiente respuesta de los organismos policiales y judiciales ante la denuncia de los familiares de las víctimas. Al respecto, podemos distinguir criterios implícitos de perspectiva de género, toda vez que la Corte IDH señaló que la investigación policial no tuvo en cuenta el contexto de violencia contra las mujeres en el cual ocurrieron los hechos, y que la ineficacia judicial frente a actos de violencia basados en el género ha propiciado en Ciudad de Juárez un ambiente de impunidad que envía el mensaje de que la violencia contra las mujeres es tolerada en el diario vivir (Caso González y otras (“Campo algodoner”) v. México, 2009).

En suma, el análisis del contexto en el que ocurrieron los hechos permitió a la Corte IDH reconocer una cultura de discriminación estructural por razones de

género; en concreto, identificó rasgos propios de la cultura mexicana que dieron cuenta de un trato cotidiano especialmente cruel hacia la mujer, reconociendo dinámicas de abuso y exclusión que han sido normalizadas y han incidido en los motivos y modalidades de violencia a las que han sido sometidas las víctimas, así como en la respuesta de las autoridades frente a estos (Caso González y otras (“Campo algodonero”) v. México, 2009).

En materia de reparaciones, por su parte, la Corte IDH señaló explícitamente que la perspectiva de género implica tomar en cuenta al momento de reparar a las víctimas que la violencia causa impactos diferenciados en hombres y mujeres (Caso González y otras (“Campo algodonero”) v. México, 2009). En ese sentido, indicó que las reparaciones con perspectiva de género deben cuestionar y modificar el *status quo* que causa la violencia contra la mujer y los homicidios por razones de género, contribuir a superar las desigualdades jurídicas, políticas y sociales, y sensibilizar a la sociedad sobre el impacto de la discriminación contra las mujeres en el ámbito público y privado (Caso González y otras (“Campo algodonero”) v. México, 2009). Por primera vez, la Corte IDH consideró que donde se identifique una discriminación estructural, debe existir una reparación transformadora de la realidad, de forma que estas no solo tengan efecto restitutivo, sino también correctivo (Caso González y otras (“Campo algodonero”) v. México, 2009).

Como hemos podido constatar del análisis de los casos Penal Castro Castro vs. Perú y González y otras (“Campo Algodonero”) v. México, la Corte IDH en sus pronunciamientos ha aplicado las normas del sistema interamericano de derechos humanos con perspectiva de género, tanto en los casos que los derechos de la mujer constituyen el tema principal de examen, como en aquellos casos en los cuales la lesión de dichos derechos forma parte de un contexto más amplio (Tramontana, 2011, 179). Al respecto cabe destacar la opinión del juez Antônio Cançado Trindade en el caso Penal Castro Castro, quien resaltó la necesidad e importancia del análisis de género, pues más allá de las circunstancias de un caso, el análisis de género contribuye para revelar el carácter sistemático de la discriminación contra la mujer y la afirmación de los derechos de la mujer (Caso González y otras (“Campo algodonero”) v. México, 2009).

Conclusiones: ¿deuda pendiente de la Corte Penal Internacional?

El Derecho internacional humanitario y luego el Derecho penal internacional históricamente han estado marcados por fenómenos androcéntricos en los que el hombre ocupa el papel protagonista y la mujer una función subordinada, accesoria,

mera comparsa. Esta ausencia de una perspectiva de género ha sido una de las principales debilidades del sistema al momento de enfrentar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes, especialmente a la hora de enfrentar el tratamiento de la violencia sexual.

En aras de alcanzar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, objetivos trazados en el preámbulo del ECPI, las instituciones de la Corte están llamadas a superar aquel sistema de creencias que orientan a las personas en su forma de ver y entender el mundo, que construye las diferencias entre hombres y mujeres en base a la inferioridad de estas, un sistema de poder y dominio llamado patriarcado (Facio y Fries, 1999, p. 22). Lo anterior, exige que la CPI reconozca en el género un elemento transformador del Derecho.

En tal orden de ideas, en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo la Fiscalía debió hacerse cargo de la evolución de la perspectiva de género e incorporarla en sus actuaciones. Excluir cargos por delitos de violencia sexual constituyó un error toda vez que ignoró el elemento contextual que condiciona la sumisión histórica de la mujer en el Congo.

Por otro lado, la receptividad de la jurisprudencia constante de la Corte IDH en la labor de la CPI es de suma importancia, toda vez que ofrece una base firme para la interpretación, que debe ser compatible con la jurisprudencia internacional encargada de proteger los derechos humanos. La Corte IDH ha reconocido formas de victimización específica que sufren las mujeres y ha vinculado las lesiones específicas de sus derechos con la situación general de discriminación en cuyo marco las mismas se desenvuelven.

Janet Saltzman (1992) sostiene que existen tres rasgos comunes en la subordinación femenina. Estos son (i) una ideología y su expresión en el lenguaje que explícitamente devalúan a las mujeres dándoles a sus funciones, labores y entorno social menos prestigio y poder del que se le da a los de los hombres; (ii) significados negativos atribuidos a las mujeres y sus actividades a través de hechos simbólicos o mitos; y (iii) estructuras que excluyen a las mujeres de la participación en espacios de poder económico, político y cultural. Alda Facio y Lorena Fries (1999, p. 20), por su parte, agregan un cuarto rasgo, esto es el pensamiento dicotómico, jerarquizado y sexualizado entre lo masculino y lo femenino, que justifica la subordinación de las mujeres en función de sus pretendidos “roles naturales”. Estos elementos son los que típicamente han motivado crímenes basados en el género; en consecuencia, su identificación en una situación conocida por la CPI propiciará sentencias con contenido de género, incluyendo en dicho análisis el disímil el impacto en las víctimas de estos crímenes.

En ese sentido, es necesario cuestionar la función que cumplen tanto la Fiscalía como los magistrados en la concreción de la perspectiva de género en la CPI. En relación a la labor de la Fiscalía, esta debe dar cumplimiento al mandato de género contenido en el ECPI e incorporar crímenes basados en el género en sus decisiones de formulación de cargos, reconociendo que este tipo de crímenes se basa en el significado social que tiene el género y sus desigualdades. La interpretación que se otorgue del *interés de la justicia* debe redundar en la protección de los derechos humanos de la mujer. Respecto de los magistrados, por su parte, es menester que estos analicen cómo la valoración del contexto permite reconocer tradiciones, ideologías y determinados patrones culturales de exclusión por motivos de género. Debe existir, a la luz de los derechos humanos, un esfuerzo por erradicar prejuicios y violencia de género enraizados en la cultura patriarcal y androcéntrica de los pueblos.

La universalidad de la subordinación femenina, el hecho de que involucre el ámbito público y privado, da cuenta de que estamos ante algo muy profundo e históricamente arraigado. Por ello, repensar el derecho y su función social, el concepto, teorías y perspectivas de género desde una crítica feminista, así como el reconocimiento del patriarcado jurídico y fáctico imperante en las instituciones y las relaciones humanas, se erige como una alternativa catalizadora de transformaciones democratizantes en la protección de los Derechos Humanos.

Referencias

- Badilla, A. & Torres, I. (2004). La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, T. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_documentospub/diagnostico%20si-mujeres-final.pdf. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Bayefsky, A. (1990). The principle of equality of non-discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal* (2)1-2: 1-34. Versión traducida por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Facio Montejo, A. (1995, noviembre). *El principio de igualdad ante la ley en el contexto de una política para la eliminación de la discriminación sexual*. Memorias del Seminario Internacional Avances en la construcción jurídica de la igualdad para las mujeres colombianas. Bogotá, Colombia.

- Facio Montejó, A. & Fries L. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En A. Facio & L. Fries (Eds.), *Género y Derecho*, pp. 21-60. Ediciones LOM, La Morada, American University, Santiago de Chile.
- Feria-tinta, M. (2007). Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del Penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica. *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, 3. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24778.pdf>. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Fernández Valle, M. (2013). El Sistema Internacional de Derechos Humanos en clave antidiscriminación: reglas comunes y obligaciones estatales. En N. Lacrapette (Ed.), *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, pp. 113-146. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Fronza, E. (2011). Derechos humanos y crímenes internacionales. Observaciones sobre el párrafo 3 del artículo 21 del Estatuto de Roma. En K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (Eds.) *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, pp. 229-248. T. II, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Fundación Konrad Adenauer. Berlín, Alemania.
- Hafner Burton, E. & Pollack, M. (2002, September). Mainstreaming Gender in Global Governance. *European Journal of International Relations*, (8) 3, 339-373. doi: 10.1177/1354066102008003002
- Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, España: Eds. Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer.
- Martin, M., Lirola, I. (2013). Los crímenes de naturaleza sexual en el derecho internacional humanitario. *Informes 8/2013*. Institut Català Internacional per La Pau. Barcelona, España. Recuperado de http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/documents_i_informes/arxius/crimenes_de_violencia_sexual.pdf. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Merope, S. (2011). Recharacterizing the Lubanga case: regulation 55 an the consequences for gender justice at the ICC. *Criminal Law Forum*. 22: 311-346. doi: 10.1007/s10609-011-9143-3

- Nash Rojas, C. (2013). Estudio introductorio: Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica. En N. Lacrampette (Ed.), *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, pp. 13-29. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Odio Benito, E. (2014). La perspectiva y el mandato de género en el Estatuto de Roma. *Revista IIDH*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (59), pp. 245-269. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32985.pdf>. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Olásolo, H. & Galain, P. (2011). La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas. En K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (Eds.) *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, T. II, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Fundación Konrad Adenauer. Berlín, Alemania. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3515/20.pdf>. Consulta: 16 de septiembre de 2015.
- Oosterveld, V. (2005). The Definition of 'Gender' in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice. *Harvard Human Rights Journal*. (18). pp. 54-84. Recuperado de Harvard Human Rights Journal. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Palacios Valencia, Y. (2011, Enero-Junio). Género en el Derecho Constitucional Transnacional: Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. (41) 114, pp. 131-165. Medellín, Colombia. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/1514/151422616004.pdf>. Consulta: 16 de septiembre de 2015.
- Rigat-Pflaum, M. (2008). Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género. *Revista Nueva Sociedad*, 218. pp. 40-56. Recuperado de http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/igualtat/JeanMonnet/2012/rigat_gender_mainstreaming.pdf. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Saltzman, J. (1992). *Equidad y género*. Valencia, España: Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer.
- Sarmiento Ramírez, C. (2013). Mirando la discriminación con otros ojos. En N. Lacrampette (Ed.), *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, pp. 147-178. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile.

- Thompson, J. (2014). Evolución de la protección penal de los derechos de la persona humana. *Revista IIDH*. (59), pp. 271-302. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32985.pdf>. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Tramontana, E. (2011). Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José. *Revista IIDH*. 53, 141-181. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26677.pdf>. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Vázquez Camacho, S. (2011). El caso ‘Campo algodonero’ ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, pp. 515-559. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11/pim/pim18.pdf>. Consulta: 16 de septiembre de 2015.
- Villellas Ariño, M. (2010). La violencia sexual como arma de guerra, *Quaderns de Construcció de Pau*. Escola de Cultura de Pau. (15). Recuperado de http://escolapau.uab.es/img/qcp/violencia_sexual_guerra.pdf. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Zapico Barbeito, M. (2009). *Género y conflicto armado. Causas y consecuencias de la victimización de la mujer en la guerra*. XI Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Universidad Nacional de Córdoba.
- Zorrilla, M. (2005). La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, (34). Bilbao: Universidad de Deusto.

Jurisprudencia

- IDH C. (2006). Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. *Fondo, reparaciones y costas*, 25 de noviembre, Serie C No. 160.
- IDH, C. (2009). Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 16 de noviembre, Serie C No. 205.
- CPI, Sala de Apelaciones (2013). *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the Decision of Pre – Trial Chamber I Entitled ‘Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo’, Separate Opinion of Judge Georgios M. Pikis*, 13 de febrero (ICC-01/04-01/06-824).
- CPI, Sala de Apelaciones (2014). *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 1 de diciembre (ICC-01/04-01/06 A5).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares, (2007). *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero (ICC-01/04-01/06).

CPI, Sala de Primera Instancia I (2008). *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on victim's participation*, 18 de enero (ICC-01/04-01/06).

CPI, Sala de Primera Instancia I (2012), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 10 de julio (ICC-01-/04-01/06-2842).

CPI, Sala de Primera Instancia I (2012). *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*, 10 de julio (ICC-01-/04-01/06-2842).

Otros documentos

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Las mujeres y la guerra: Responder a las necesidades de las mujeres afectadas por conflictos armados*, Guía Práctica del CICR, Ginebra, Suiza, 2006.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, *Recomendación General No. 19: La violencia contra la mujer*, 11° Período de Sesiones, 29 de enero de 1992.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). Conclusiones acordadas – 1997/2, 18 de julio de 1997/2.

UN, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing+5. Declaración política y documentos resultados de Beijing. Recuperado de http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf

UN, Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), Beijing 4 a 15 de septiembre de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1.

UN, Report of the World Conference to review and appraise the achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace. Nairobi (15 to 26 July 1985), Nueva York, 1986. A/CONF. 116/28/Rev. 1.

El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?

The Gravity Threshold in the Crime of Aggression:
A New Category of the Illegal Uses of Force?

O umbral de gravidade no crime de agressão: uma
nova categoria nos usos ilícitos da força?

Luciano Pezzano*

Fecha de recepción: 3 de abril de 2015.

Fecha de aprobación: 21 de septiembre de 2015.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04)

Para citar este artículo: Pezzano, L. (2015). El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza? *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 4, 86-104, doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04)

Resumen

En este ensayo nos referiremos a los efectos que en las normas internacionales relativas al uso de la fuerza puede tener el denominado “umbral de gravedad” que se encuentra en la definición del crimen de agresión en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma. Haciendo hincapié en la gravedad como característica definitoria de la agresión, buscaremos determinar si el umbral del artículo 8 bis introduce una nueva categoría dentro de los usos ilícitos de la fuerza. Para ello, analizaremos la agresión en el contexto de las normas internacionales relativas al uso de la fuerza y las disposiciones del artículo 8 bis, en particular, la cláusula de umbral, las referencias a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los “entendimientos” aprobados por la Conferencia de Revisión.

PALABRAS CLAVE: *ius ad bellum*, crimen de agresión, acto de agresión, Resolución 3314 (XXIX), artículo 8 bis del Estatuto de Roma.

Abstract

In this essay we will make reference to the effects of the so called “gravity threshold” of the definition of the crime of aggression in Article 8 bis of the Rome Statute in

* Abogado (UCES 2007). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario doctoral CONICET.

the international rules relating to the use of force. Emphasizing gravity as a defining characteristic of the aggression, we will seek to determine whether the threshold of Article 8 bis introduces a new category within the illegal uses of force. With that purpose, we will analyze aggression in the context of international rules relating to the use of force and the provisions of Article 8 bis, in particular the threshold clause, the reference to resolution 3314 (XXIX) of the General Assembly of the United Nations and the “Understandings” adopted by the Review Conference.

KEYWORDS: *jus ad bellum*, crime of aggression, act of aggression, Resolution 3314 (XXIX), Article 8 bis Rome Statute.

Resumo

Neste ensaio nos referiremos aos efeitos que nas normas internacionais relativas ao uso da força pode ter o denominado “umbral de gravidade” que se encontra na definição do crime de agressão no Artigo 8 bis do Estatuto de Roma. Fazendo ênfase na gravidade como característica definidora da agressão, buscaremos determinar se o umbral do Artigo 8 bis introduz uma nova categoria dentro dos usos ilícitos da força. Para isto, analisaremos a agressão no contexto das normas internacionais relativas ao uso da força e as disposições do Artigo 8 bis, em particular, a cláusula de umbral, a referência à resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas e os “entendimentos” aprovados pela Conferência de Revisão.

Palavras-chave: *ius ad bellum*, crime de agressão, ato de agressão, Resolução 3314 (XXIX), Artigo 8 bis do Estatuto de Roma.

Introducción

La aprobación de las enmiendas al Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) relativas al crimen de agresión en la Conferencia de Revisión de Kampala ha dado lugar a una amplia gama de estudios e investigaciones sobre los diferentes aspectos del que el Tribunal de Núremberg denominara “*supremo crimen internacional*” (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 2002b, 23).

En este ensayo nos referiremos a los efectos que en las normas internacionales relativas al uso de la fuerza puede tener el denominado “umbral de gravedad” que se encuentra en la definición del crimen de agresión en el artículo 8 bis ECPI.

Tenemos presente, a este respecto, que tal definición es solo “a los efectos de este Estatuto”¹, pero no es menos cierto que se trata de la primera definición del crimen de agresión con aprobación internacional desde Núremberg y que, como tal, su

1 Lo que es ratificado por el Artículo 10 ECPI y el entendimiento 4 sobre las enmiendas relativas al crimen de agresión.

relevancia y peso trascienden el sistema del ECPI. Como señala Murphy (2012), la adopción de las definiciones de “acto” y “crimen” de agresión pueden tener implicancias colaterales fuera del contexto penal, especialmente sobre las normas relativas al *ius ad bellum*. La práctica a largo plazo de la Corte Penal Internacional (CPI) de perseguir o no perseguir conductas particulares como crímenes de agresión puede afectar los entendimientos convencionales de cuáles usos de la fuerza están permitidos y cuáles no. La doctrina no es ajena a esta cuestión, pero al abordarla² suele discurrir sobre los supuestos de usos de la fuerza de discutida legalidad, como la intervención humanitaria, la defensa preventiva o la llamada “guerra contra el terror”. El enfoque que planteamos aquí, en cambio, es diferente, puesto que haremos hincapié en la gravedad como característica definitoria de la agresión buscando determinar si el umbral del artículo 8 bis ECPI introduce una nueva categoría dentro de los usos ilícitos de la fuerza. Para ello, analizaremos la agresión en el contexto de las normas internacionales relativas al uso de la fuerza y las disposiciones del artículo 8 bis ECPI.

1. La agresión en el contexto de las normas sobre el uso de la fuerza

Las normas que regulan el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales están presididas por el principio de la abstención de la amenaza o el uso de la fuerza recogido en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas (Carta), el que textualmente dispone:

Los Miembros de la Organización³, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Además de formar parte del derecho de la Carta (Sánchez Sánchez, 2012, 78), el principio tiene carácter consuetudinario e integra el derecho internacional general⁴, con la naturaleza de norma imperativa, o *ius cogens*⁵.

2 V., i. a., Creegan (2012); Weisbord (2009).

3 La resolución 2625 (XXV) de la AG lo hace extensivo a “Todo Estado”.

4 V. resolución 2625 (XXV) y CIJ: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136, párr. 87.

5 V. CDI, 1967, 271; CIJ: *Militarv and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 190. V. i. a., Côt y Pellet (Dir.), 2005, 459-461; Dinstein, 2011, 104-109; Casanovas y La Rosa, 2007, 1037; Kamto, 2010, 11-12; Pintore, 2012, p. 49.

Por su parte, el artículo 1 de la Definición de la Agresión, aprobada por la resolución 3314 (XXIX) de la AG establece: “La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. De su sola lectura, se advierte una notable similitud con la formulación del principio de la abstención del uso de la fuerza⁶, a punto tal que parecería poder afirmarse que existe una identidad de contenido entre el principio y la agresión⁷, constituyendo esta última el uso de la fuerza prohibido por el principio.

Sin embargo, tal afirmación no es avalada por el derecho internacional. Así, la Carta ubica a los “actos de agresión” como una categoría separada de las “amenazas a la paz” y los “quebrantamientos de la paz” en el acápite del Capítulo VII y en el artículo 39. Además, el artículo 1.1 expresamente se refiere a la supresión de “actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz” (énfasis añadido), indicando así una relación de género a especie entre el quebrantamiento y la agresión. La agresión es, por tanto, una de las formas posibles de quebrantamientos de la paz. En la misma línea, la resolución 3314 (XXIX) insta en su párrafo 3 a “todos los Estados a que se abstengan de todo acto de agresión y de cualquier otro uso de la fuerza contrario a la Carta...”, lo que implica que existen usos de la fuerza contrarios a la Carta —es decir, en violación del artículo 2.4— que no constituyen agresión (O’Connell y Niyazmatov, 2012, 193-194).

¿Cuál es, entonces, la forma de distinguir entre la agresión y los otros usos ilícitos de la fuerza? La propia resolución 3314 (XXIX) de la AG aporta una pauta de interpretación en el quinto párrafo de su Preámbulo, en el que expresa que “la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza”, lo cual señala a la “gravedad” como elemento característico y diferenciador de la agresión frente a los otros usos de la fuerza.

Este requisito de “gravedad” de la agresión también se reitera en el artículo 2 de la Definición cuando dispone:

El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes,

6 Exceptuada, naturalmente, la amenaza de la fuerza, que también integra el contenido del principio pero escapa a nuestro análisis.

7 Dinstein (2011, 139), por otro lado, se esfuerza en señalar las diferencias entre el Artículo 1 de la Definición y la formulación del principio en el Artículo 2, párrafo 4 de la Carta.

incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

Es decir que, para que quede constituida la agresión no basta con el mero uso de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta, sino que tal uso de la fuerza, además, debe ser *grave*. Dicho de otra manera, si el uso de la fuerza de que se trate no es lo suficientemente grave, no obstante caer materialmente en la definición general del artículo 1 o en alguno de los supuestos del artículo 3 de la Definición, no será agresión, precisamente por carecer de esa característica fundamental.

Comentando este artículo, Broms (1977, 346) sostiene que la intención fue destacar que puede haber casos en que un acto que podría clasificarse como agresión no debería ser considerado como tal cuando la acción tiene un efecto muy limitado. Esta cláusula *de minimis*, sostiene, da al Consejo de Seguridad (CS) la oportunidad de no condenar a un Estado por la comisión de un acto de agresión cuando la acción o sus consecuencias no son lo suficientemente graves. No hay necesidad de crear una situación en la que incluso un puñado de balas cruzando una frontera constituiría un acto de agresión con todas sus consecuencias.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha hecho eco de la distinción en el caso de la *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*:

En lo que respecta a ciertos aspectos particulares del principio en cuestión [el principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza], será necesario distinguir la formas más graves del uso de la fuerza (aquellas que constituyen un ataque armado) de las formas menos graves. Al determinar la regla jurídica que se aplica a estas últimas, la Corte puede abreviar nuevamente en las formulaciones contenidas en la Declaración de los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General). [...] Junto a ciertas descripciones que pueden hacer referencia a la agresión, este texto incluye otras que se refieren solamente a formas menos graves de uso de la fuerza⁸.

Del pasaje surge claramente que la CIJ hace una distinción entre “las formas más graves del uso de la fuerza”, que son las que constituyen un ataque armado o

8 CIJ: *Militar and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., párr. 191.

agresión, de “las formas menos graves”. En ese sentido, compartimos la posición de Stein (2005, 21) cuando sostiene que la CIJ usa los términos “ataque armado” y “agresión” de forma intercambiable, para referirse a las formas más graves del uso de la fuerza, en oposición a las formas menos graves que no constituyen ataque armado o agresión. La CIJ reiteró su criterio de distinción, con cita al precedente *Nicaragua*, en su fallo en el asunto de las *Plataformas petroleras* (Islamic Republic of Iran v. United States of America, 2003). La jurisprudencia confirma así la distinción que venimos afirmando entre las diferentes violaciones al principio del uso de la fuerza: por un lado, la agresión (que la Corte equipara al “ataque armado”) y por el otro, los usos menos graves de la fuerza.

La Comisión de Derecho Internacional (2002, 47) también se refirió a la gravedad de la agresión en sus comentarios al proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, al señalar que solo habría responsabilidad individual por el crimen de agresión “si el comportamiento del Estado constituye una violación suficientemente grave de la prohibición” del artículo 2.4 de la Carta.

En el derecho internacional, por tanto, encontramos dos formas posibles de uso ilícito de la fuerza (y como tal, contrario al artículo 2.4 de la Carta): la agresión, que es la forma más grave, y las “formas menos graves”, que no equivalen a actos de agresión.

2. La definición del crimen de agresión en el Estatuto de Roma

De acuerdo a las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión (2010, 19-24), el artículo 8 bis ECPI dispone en su párrafo primero:

A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

En su párrafo segundo, establece:

A los efectos del párrafo 1, por ‘acto de agresión’ se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea

General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión.

A continuación enumera los actos de agresión, tomados textualmente del artículo 3 de la Definición de la Agresión.

De esa forma, el párrafo 1 define al “crimen de agresión”, mientras el párrafo 2 se refiere al “acto de agresión”. La interpretación literal de los términos del párrafo 1 nos induce a pensar que no cualquier “acto de agresión” puede dar lugar a un “crimen de agresión”, sino solo aquellos actos de agresión que “por sus características, gravedad y escala” constituyan una “violación manifiesta” de la Carta. Esta misma interpretación nos podría llevar a sostener que se abre de este modo una nueva categoría de usos ilícitos de la fuerza: así, tendríamos los usos menos graves de la fuerza; los “simples” actos de agresión, que solo dan lugar a responsabilidad del Estado; y los actos de agresión que constituyen una violación manifiesta de la Carta, que dan lugar a responsabilidad penal individual y son así crímenes de agresión.

Cabe recordar que Remiro Brotóns (2006, pp. 120-121), analizando las disposiciones ya mencionadas de la Carta y la resolución 3314 (XXIX), así como la jurisprudencia de la CIJ y recordando que la competencia de la CPI está limitada a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”⁹, se pregunta:

¿Se pretende ahora sugerir que sólo los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte? ¿o más bien, lo que va de suyo, que hay usos de la fuerza prohibidos por el Derecho Internacional que sólo cuando traspasan un determinado umbral de gravedad son calificables de agresión, como ya en su día declaró la Corte Internacional de Justicia[...]?

El interrogante que se plantea es, entonces, determinar si el umbral de gravedad introduce una tercera categoría de usos ilícitos de la fuerza como la interpretación literal apuntada *supra* pareciera indicar, o bien, solo ratifica la distinción vigente en el derecho internacional entre los actos de agresión y las formas menos graves de uso de la fuerza. Para responderlo, investigaremos los fundamentos y alcance de la cláusula de umbral en el artículo 8 bis ECPI, el alcance de la referencia a la resolución 3314 (XXIX) y los “entendimientos” respecto de las enmiendas que aprobó la Conferencia de Revisión.

9 Según se afirma en el cuarto párrafo del Preámbulo y los Artículos 1 y 5 ECPI.

2.1. Fundamentos y alcance de la cláusula de umbral

Los trabajos preparatorios muestran que la existencia de una cláusula de umbral en el crimen de agresión se remonta a las propuestas presentadas durante la Conferencia de Roma y la subsiguiente Comisión Preparatoria (1999). En su forma actual, aparece ya en el documento de debate propuesto por el Coordinador del Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión de la propia Comisión Preparatoria (2002a). En dicho momento, se consideró que los usos de la fuerza de menor magnitud, como escaramuzas fronterizas, disparos de artillería que cruzan fronteras, incursiones armadas y situaciones similares no caerían bajo la definición de agresión (Fernández de Gurmendi, 2002, 597).

Las actuaciones del posterior Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión creado por la Asamblea de Estados Partes aportan bastante información sobre el fundamento y alcance de esta cláusula de umbral. Así, en el documento de debate referido a la definición de la agresión distribuido en 2005 se expresaba:

El requisito de que haya una violación flagrante y manifiesta pretende ofrecer un umbral en relación o bien con la magnitud o gravedad de la acción (por ejemplo, exclúyanse las escaramuzas fronterizas) o bien posiblemente con otras consideraciones en que pueda haber cierta incertidumbre (legalidad de la acción) (ASP, 2005, 420).

En las discusiones del Grupo de Trabajo Especial se advierten al menos dos posiciones sobre la cuestión. Por un lado, algunos participantes se mostraron favorables a la introducción de un umbral, ya que serviría para excluir de la competencia de la CPI los casos dudosos (ASP, 2009, 22) y que dicho umbral era compatible con las referencias del ECPI a los “crímenes más graves” (ASP-SWGCA, 2006, 7). Así, se limitaría convenientemente la competencia de la Corte a los actos de agresión más graves a tenor del derecho internacional consuetudinario, quedando excluidos de este modo los casos de insuficiente gravedad y pertenecientes a un área gris (ASP, 2008, 4). Esta postura fue la que más amplio apoyo obtuvo (ASP, 2007, 11; ASP-SWGCA, 2007a, 12).

Por otro lado, algunos participantes consideraban que no era necesario un calificativo adicional al término “violación de la Carta”, argumentando que un acto de agresión típicamente suponía un ataque contra la “soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado”, la cual era suficientemente grave para no justificar otras calificaciones (ASP-SWGCA, 2006, 7) y así, cualquier acto de agresión constituía una violación manifiesta de la Carta; por tanto, no era consistente excluir determinados actos de agresión de la competencia de la CPI por

motivo de falta de gravedad o magnitud insuficiente (ASP, 2008, p. 4; ASP, 2009, p. 22). Además, ya quedaba implícito un umbral en la limitación de la competencia de la Corte a “los crímenes más graves” conforme al ECPI (ASP, 2008, p. 4), en el uso restrictivo del término “agresión” que se hacía en la Carta (ASP, 2007, 11), y en que la agresión se consideraba como el crimen máximo (ASP-SWGCA, 2007a, 12).

De estos trabajos no se puede afirmar que quienes apoyaron la idea de un umbral pretendieran efectuar una distinción entre diferentes *actos de agresión* —como era la preocupación de quienes se oponían al umbral—, sino que lo que pretendían era excluir de la competencia de la CPI los casos “dudosos”, “de insuficiente gravedad” o que pertenecieran a un “área gris”, es decir, casos en los que no se puede predicar la existencia misma de un acto de agresión, y que pueden constituir, en todo caso, violaciones menos graves de la prohibición del uso de la fuerza.

La doctrina parece dividida en cuanto a esta cuestión. Autores como Clark (2010, p. 697), Weisbord (2011, p. 166), Kostic (2011, p. 123) o Trahan (2011, pp. 58-59) sostienen que no todo acto de agresión es fundamento de responsabilidad penal individual, sino que el umbral incluye solo una estrecha categoría de los más graves actos de agresión. Por su parte, Murphy (2009, pp. 1150-1151), a pesar de que asume esta misma posición, concede que hay poca claridad en la línea que divide los actos que son criminales de los que no lo son, adoptando así una visión crítica: dado que la Carta parece ubicar a la agresión al final de la conducta coercitiva, considera asombroso que un acto de agresión pueda no ser una violación manifiesta de la misma.

Otros autores mantienen una postura ambigua y algo contradictoria al respecto. Así, Paulus (2009, p. 1121) parece seguir la línea comentada al afirmar que el umbral sugiere que ciertos actos de agresión son más graves que otros y por ello están sujetos a persecución. Sin embargo, a continuación agrega que los miembros del Grupo de Trabajo Especial pretendieron hacer más precisa la aplicación del crimen de agresión y distinguir un crimen de una violación ordinaria de la prohibición del uso de la fuerza, con lo cual parece indicar que los actos que no crucen el umbral no son actos de agresión. Del mismo modo, Lavers (2013, p. 505) interpreta que para que un acto califique como acto de agresión, debe cruzar el umbral y que este probablemente eliminará las posibles persecuciones de incidentes menores o breves, pero a la vez sostiene que la definición de crimen de agresión no incluye “cualquier” acto de agresión, sino solo aquellos que cruzan el umbral.

Más compleja es la postura de los autores que, además, critican¹⁰ la definición del “acto de agresión” en el ECPI. Así, para Scheffer (2012, pp. 212-213), la definición de “acto

10 Hay otros autores que critican el propio umbral de gravedad, ya que aumenta “innecesariamente el grado de dificultad en la concreción típico-conceptual del crimen de agresión” (Orozco Torres, 2012,

de agresión” es igualada con cualquier uso de la fuerza en violación de la Carta, ya que el segundo párrafo del artículo 8 bis no establece un criterio de magnitud o gravedad para el uso de la fuerza que constituye un acto de agresión. Así, agrega Van Schaack (2010, 340), el mero cruce de una frontera internacional por fuerzas armadas sin el consentimiento del Estado vecino, por ejemplo, podría ser condenado como un acto de agresión, sin tener en cuenta las circunstancias, las consecuencias de las acciones del Estado o el motivo o intención detrás de la operación. En su crítica, la autora señala acertadamente que la resolución 3314 (XXIX) y la Carta plantean un *continuum* de usos ilícitos de la fuerza, de los que solo algunos alcanzan el nivel de la agresión, refiriéndose al ya citado Preámbulo de la resolución. Pero considera que el artículo 8 bis, leído aisladamente, plantea que cualquier violación del artículo 2.4 de la Carta constituye un acto de agresión, y que no todo acto de agresión dará lugar a un crimen de agresión, sino solo los que crucen el umbral de la “violación manifiesta”. Koran (2012, pp. 252-254) va más allá, al afirmar que la definición del párrafo 2 del artículo 8 bis no estipula un requisito de ilegalidad¹¹, pero reconoce que —como veremos— la referencia a la resolución 3314 (XXIX) impone algún tipo de limitación al respecto. Considera que esta definición elimina los usos de la fuerza armada menos graves y menos significativos de la jurisdicción de la CPI, pero de inmediato agrega que desde esta perspectiva, no todo acto de agresión puede caracterizarse como un crimen de agresión, sino solo cuando es una “violación manifiesta”.

Finalmente, encontramos un grupo de autores que, en línea con lo que venimos planteando, sostienen que el objeto del umbral de gravedad es excluir los usos de la fuerza menos graves o de legalidad discutible que no pueden ser considerados en sí mismos “actos de agresión”. Así, Krefß & Holtzendorff (2010, 1192-1193) sostienen que el umbral satisface a los Estados que demandaban que el uso de la fuerza debía ser lo suficientemente grave y que la ilegalidad debía ser razonablemente incontrovertida. Antes de la Conferencia, Krefß (2009, 1135) había adelantado que la definición del crimen era estrecha: no habrá responsabilidad penal individual por agresión a menos que se haya completado un acto estatal de agresión y el uso de la fuerza armada del Estado —no el acto de agresión, aclaramos— debe pasar cierto umbral cuantitativo y cualitativo, subrayando la existencia de un amplio acuerdo de que el crimen de agresión en virtud del derecho internacional consuetudinario abarca solo el *noyau dur* de la prohibición del uso de la fuerza. Heinsch (2010, pp. 730-731) comparte

272), en razón de la “naturaleza eminentemente política de la determinación de tal gravedad” (Marqués Rueda, 2009, 364)

11 El requisito de ilegalidad se pone de manifiesto en la incompatibilidad del uso de la fuerza con la Carta.

varios de estos argumentos, y a la vez recuerda que algunos comentaristas ya han cuestionado si las violaciones menores del uso de la fuerza caen bajo la definición original de agresión. Gillett (2013, 852) especifica que el umbral fue una adición necesaria en orden a impedir la criminalización de usos de la fuerza considerados menores, como escaramuzas fronterizas o menos graves, como destrucción mínima de propiedad que no resulte en daños físicos a personas, los que no tienen un carácter patentemente ilegal y que, agregamos nosotros, no constituyen actos de agresión. Es la misma posición de Petty (2009, 116) cuando sostiene que el umbral deja en claro que el acto debe ser más que una mera aplicación ilícita de fuerza, línea que comparte Salmón (2011, 48) al afirmar que la Corte “tendrá un mandato para iniciar un procedimiento por actos de agresión y no por cualquier utilización de la fuerza que no cumpla con los elementos aquí planteados. En consecuencia, no toda utilización de la fuerza constituirá un acto de agresión...”. Incluso antes de la finalización de las tareas del Grupo de Trabajo Especial, Sánchez Legido (2008, 231) opinó que parecía haber acuerdo en cuanto a que no todo uso ilícito de la fuerza por parte de un Estado puede constituir un acto de agresión, habiéndose mencionado como casos de “usos menores de la fuerza” sin connotaciones criminales las escaramuzas o incidentes fronterizos aislados, entre otros.

Refiriéndose a la aparente identidad de contenido entre el párrafo 2 del artículo 8 bis y el artículo 2.4 de la Carta, Solera (2010, 806-808) indica que podría pensarse que todos los usos de la fuerza contrarios a la Carta son actos de agresión. Sin embargo, sostiene que la historia demuestra que tal enfoque encuentra poco apoyo en la práctica estatal y en la *opinio iuris*. Si la agresión es considerada el crimen supremo, debe ser distinguida de usos de la fuerza de menor magnitud. Es en este contexto de establecer una distinción entre las diferentes formas de fuerza que surge la idea de establecer un umbral para determinar qué magnitud de fuerza sería agresiva.

De esa forma, la doctrina, con más o menos críticas, concuerda en que el objeto y fundamento de la cláusula de umbral es excluir de la competencia de la CPI los usos de la fuerza menos graves o de legalidad dudosa. Tales usos de la fuerza, en nuestra opinión y en la de parte de los autores, no califican siquiera como actos de agresión (O’Connell y Niyazmatov, 2012, 201). Reconocemos, no obstante, que la doctrina está dividida en cuanto a esta calificación, pero nos resulta significativo que incluso quienes consideran que existen, de acuerdo a la letra del artículo 8 bis, actos de agresión que no dan lugar a crímenes de agresión, recurran, como se vio, a ejemplos de usos de la fuerza (como escaramuzas o incidentes fronterizos) que encuadran en las ya referidas “formas menos graves” y que no cabe considerar como actos de agresión. También resulta destacable que, más allá de la posición asumida al respecto

—en algunos casos, no muy firme—, los autores no problematizan la cuestión de qué sucedería con la eventual existencia de actos de agresión que no dan lugar a responsabilidad penal individual.

En definitiva, no hallamos en la doctrina argumentos que permitan desvirtuar nuestra afirmación en el sentido de que los usos de la fuerza armada que no alcanzan el umbral del artículo 8 bis, no pueden ser considerados actos de agresión a los efectos del ECPI (Sayapin, 2014, 262).

2.2. La referencia a la resolución 3314 (XXIX)

En el análisis, es lícito que también nos preguntemos qué sentido y alcance tiene la referencia a la resolución 3314 (XXIX) en el segundo párrafo del artículo 8 bis: ¿implica la recepción a la totalidad de la resolución –incluyendo su preámbulo y su artículo 2– o tan solo a los artículos 1 y 3, que son la fuente de la definición de acto de agresión adoptada por el Estatuto?

Al referirse a esta cuestión, los autores se preocupan, en general, por las facultades que otorga al CS el artículo 4 de la Definición y que podría redundar en una ampliación del listado del párrafo 2 del artículo 8 bis¹². Lo que aquí nos concierne, en cambio, es si la cláusula *de minimis* del artículo 2, y su acento en la gravedad como elemento característico del acto de agresión (que también subraya el quinto párrafo del preámbulo de la Definición), puede tener alguna relevancia en la interpretación del “acto de agresión” según el artículo 8 bis. Lo mismo se pregunta Koran (2011, 253), aunque solo insinúa la posibilidad de recurrir al artículo 2 de la Definición. Para Krefß (2009, 1137), en cambio, los artículos 2 y 4 de la Definición no son aplicables por la CPI. Por su parte, Petty (2009, 117) considera que aunque el artículo 8 bis no incluye al artículo 2 de la Definición, esta exclusión podría justificarse debido a que la consideración de la gravedad de la ofensa está contemplada en otras disposiciones del ECPI, en particular, en el artículo 17.1, inciso d).

En este aspecto, los trabajos preparatorios son poco claros, pero sí revelan que la cuestión fue debatida en el seno del Grupo de Trabajo Especial. De todas formas, consideramos que puede resultar indicativo en la cuestión la reformulación que tuvo el párrafo 2, que hasta el Documento de Debate de 2007, disponía: “A los efectos del párrafo 1, por ‘acto de agresión’ se entenderá un acto comprendido en [los artículos 1 y 3 de] la resolución 3314 (XXIX)...” (ASP-SWGCA, 2007b, 3), y a partir del Documento de Debate de 2008 tuvo su redacción actual, aclarándose que la modificación, “que ahora hace referencia a la resolución 3314 en su totalidad [...], podría servir como fórmula de avenencia” (ASP, 2008, 13).

12 V., i. a., Kostic, 2011, 128; Solera, 2010, 810; Ambos, 2011, 44.

No podemos dejar de advertir que la referencia a la resolución en el párrafo 2 se encuentra antes de la enumeración de los actos de agresión –y no antes de la definición general–, lo que bien podría interpretarse como una referencia solo al artículo 3 de la Definición. Incluso si fuera así, creemos, que la enumeración fuera “de conformidad” con dicho artículo implicaría tener en cuenta lo que el mismo dispone, incluyendo la “*sujeción a las disposiciones del artículo 2*” de la misma Definición (Dinstein, 2011, 139-140).

En definitiva, consideramos que la incorporación de la totalidad de la resolución (Barriga, 2012, 27) es posible en la medida en que sus disposiciones no sea incompatibles con la naturaleza del ECPI y la función de la CPI como órgano judicial independiente, y nos resulta claro que la cláusula *de minimis* del artículo 2 no lo es, toda vez que es acorde al umbral de gravedad del párrafo 1 del artículo 8 bis, y, a la vez, coincide en gran parte, como se verá, con el entendimiento 6 aprobado por la Conferencia de Revisión. Esta conclusión se aplicaría incluso si se acepta que la referencia se limita al artículo 3 de la Definición. Comparten esta postura O’Connell y Niyazmatov (2012, 200), cuando señalan que la referencia a la resolución 3314 (XXIX) puede ayudar a preservar para el *ius ad bellum* el entendimiento de que la agresión es una violación grave de la Carta.

2.3. Los entendimientos

La Conferencia de Revisión aprobó —a iniciativa de los Estados Unidos, que no habían participado de las actividades del Grupo de Trabajo (Trahan, 2011, 73-78)— una serie de entendimientos, de naturaleza discutida (Heller, 2012), pero que pueden tener relevancia en esta cuestión.

Así, de acuerdo al entendimiento 6,

Se entiende que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, y que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y de sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Se advierte a primera vista que el texto es una combinación (Trahan, 2011, 78; Van Schaack, 2010, 364) de las citadas disposiciones del quinto párrafo del preámbulo y del artículo 2 de la Definición de la Agresión¹³, y aunque pareciera destacarse la

13 El entendimiento se asemeja al Artículo 2 de la Definición a propuesta de Irán, lo que fue aceptado por los Estados Unidos (Kreß, Von Holtzendorff, 2010, 1206).

“gravedad”, junto a las “consecuencias” —que no aparecen mencionadas en el artículo 8 bis (Heinsch, 2010, 729)— por encima de los demás componentes del umbral, el entendimiento 7, como se verá, ubica los tres componentes en pie de igualdad (puesto que, de otra forma, los entendimientos estarían modificando al artículo 8 bis).

La importancia de este entendimiento radica, por el contrario, en que —acercando una vez más el texto y el espíritu de la resolución 3314 (XXIX) al ECPI— ratifica la relevancia de la gravedad como elemento característico del acto de agresión. A la vez, el entendimiento refleja que las investigaciones de la CPI sobre el crimen de agresión no se justificarán en todas las instancias de uso ilegítimo de la fuerza, sino que se limitarán a las intervenciones armadas más graves y peligrosas (Van der Vyver, 2011, 26).

Por su parte, el entendimiento 7 puede dar lugar a confusión al disponer:

Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación ‘manifiesta’. Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta.

La confusión es doble: por un lado, pareciera dar a entender, en contra de lo que proponemos, que un acto de agresión podría no constituir una violación manifiesta de la Carta; no obstante, ello sería contrario al entendimiento 6, a la interpretación de la cláusula de umbral tal cual la apuntamos *supra*, y al alcance de la referencia de la resolución 3314 (XXIX). Por el otro lado, su última frase parece significar que con solo dos de los componentes bastaría para configurar la violación manifiesta (Heinsch, 2010, 729; Kostic, 2011, 124; Gillett, 2013, 854), pero del resto del entendimiento, y en particular del uso de la conjunción “y” en el artículo 8 bis, surge que se deben reunir los tres componentes (Trahan, 2011, 78; Kreß & Von Holtzendorff, 2010, 1207; Weisbord, 2011, 90; Koran, 2011, 254) de características, gravedad y escala.

Consideraciones finales

El análisis que antecede nos permite afirmar que el umbral en el artículo 8 bis ECPI no introduce una nueva categoría de usos ilícitos de la fuerza que distinga entre actos de agresión que dan lugar a responsabilidad estatal y responsabilidad penal individual —y que así constituyan un crimen de agresión— de aquellos que solo implican la responsabilidad estatal, sino que ratifica la naturaleza de la agresión, como forma más grave de uso ilícito de la fuerza, frente a las formas menos graves.

Así, y apartándonos de visiones críticas respecto a los efectos de la adopción del crimen de agresión en el ECPI en el *ius ad bellum* (O'Connell y Niyazmatov, 2012, 201), compartimos una visión más positiva, en el sentido que el artículo 8 bis ratifica que el crimen de agresión es *per se* grave, y que los usos de la fuerza prohibidos por el derecho internacional serán competencia de la CPI solo cuando alcancen el umbral pertinente (Quesada Alcalá, 2013, 90-91).

La cuestión, no obstante, permanece abierta, y solo la jurisprudencia de la CPI, una vez que se active su competencia respecto del crimen de agresión conforme al complejo procedimiento adoptado en Kampala, podrá traer alguna respuesta definitiva.

Referencias

- Ambos, K. (2011), *El crimen de agresión después de Kampala*, Madrid: Dykinson.
- ASP (2005), *Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. D, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP (2007), *Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP (2008), *Documentos oficiales, Continuación del sexto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/6/20/Add.1, Anexo II, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP (2009), *Documentos oficiales, Continuación del séptimo período de sesiones*, Documento ICC-ASP/7/20/Add.1, Anexo II, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP-SWGCA (2006), *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP-SWGCA (2007a), *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP-SWGCA (2007b), *Documento de debate propuesto por el Presidente sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/2, La Haya: Corte Penal Internacional.
- Barriga, S. (2012), Negotiating the Amendments on the crime of aggression. En Barriga, S. y Krefß, C. (Ed.), *The travaux préparatoires of the crime of aggression* (3-57), Cambridge: Cambridge University Press.
- Broms, B. B. (1977), The Definition of Aggression, *RCADI*, 154, 299-400.

- Casanovas y La Rosa, O. (2007), El principio de la prohibición del uso de la fuerza. En Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público* (1033-1062),. Decimosexta edición. Madrid: Tecnos.
- CDI (1967), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, Nueva York: Naciones Unidas.
- CDI (2002), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II, Segunda Parte, Nueva York: Naciones Unidas.
- CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136.
- CIJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003*, p. 161.
- CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, p. 14.
- Clark, R. S. (2010), Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010, *Goettingen Journal of International Law*, 2(2), 689-711.
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999), *Recopilación de las propuestas relativas al crimen de agresión*, Documento PCNICC/1999/INF/2, Nueva York: Naciones Unidas.
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (2002a), *Documento de debate propuesto por el Coordinador*, Documento PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, Nueva York: Naciones Unidas.
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (2002b), *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1. Nueva York: Naciones Unidas.
- Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2010), *Documentos Oficiales*, Documento RC/11, La Haya: Corte Penal Internacional.
- Cot, J. P. & Pellet, A. (Dir.) (2005), *La Charte des Nations Unies*. Tercera edición. Tomo I. París: Economica.
- Creegan, E. (2012), Justified uses of force and the crime of aggression, *Journal of International Criminal Justice*, 10(1), 59-82.

- Dinstein, Y. (2011), *War, Aggression and Self-Defence*. Quinta edición. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fernández de Gurmendi, S. A. (2002), The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court, *Fordham International Law Journal* 25, 589-605.
- Gillett, M. (2013), The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court, *International Criminal Law Review*, 13(4), 829-864.
- Heinsch, R. (2010), The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future, *Goettingen Journal of International Law*, 2(2), 713-743.
- Heller, K. J. (2012): The uncertain legal status of the aggression understandings, *Journal of International Criminal Justice*, 10(1), 229-248.
- Kamto, M. (2010), *L'agression en droit international*. Paris: A. Pedone.
- Koran, S. (2011). The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention, *Houston Journal of International Law*, 34(2), 231-288.
- Kostic, D. (2011), Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22, 109-141.
- Kreß, C (2009), Time for decision: Some thoughts on the immediate future of the crime of aggression: A reply to Andreas Paulus, *European Journal of International Law*, 20(4), 1129-1146.
- Kreß, C., & Von Holtzendorff, L. (2010), The Kampala compromise on the crime of aggression, *Journal of International Criminal Justice*, 8(5), 1179-1217.
- Lavers, T. (2013), The New Crime of Aggression: A Triumph for Powerful States, *Journal of Conflict and Security Law*, 18(3), 499-522.
- Marqués Rueda, E. G. (2009), El acto y crimen de agresión en el derecho internacional público y su repercusión en las relaciones políticas internacionales, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 9, 323-372.
- Murphy, S. D. (2009), Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court, *European journal of international law*, 20(4), 1147-1156.
- Murphy, S. D. (2012), *The Crime of Aggression at the ICC*, Recuperado de: http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1907&context=faculty_

publications&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.ar%2Fscholar%3Fq%3DMurphy%2B%2522the%2Bcrime%2Bof%2B aggression%2Bat%2Bthe%2BICC%2522%26btnG%3D%26hl%3Des%26as_sdt%3D0%252C5%26as_vis%3D1#search=%22Murphy%20crime%20aggression%20ICC%22

- O'Connell, M. E., & Niyazmatov, M. (2012). What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice*, 10(1), 189-207.
- Orozco Torres, L. E. (2012), *Crimen de agresión: problemas actuales*, Universidad Internacional de Andalucía.
- Paulus, A. (2009), Second thoughts on the crime of aggression, *European journal of international law*, 20(4), 1117-1128.
- Petty, K. A. (2009), Criminalizing force: resolving the threshold question for the crime of aggression in the context of modern conflict, *Seattle University Law Review*, 33, 105-150.
- Pintore, E. J. (2012), *La legítima Defensa en el Derecho Internacional*. Córdoba: Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.
- Quesada Alcalá, C. (2013), El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global, *Cuadernos de estrategia*, 160, 77-116.
- Remiro Brotóns, A. (2006), Crimen de agresión. Crimen sin castigo. En Ramón Chornet, C. (Ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Salmón, E. (Coord.) (2011), *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*, Lima: IDEHPUCP.
- Sánchez Legido, A. (2008), Uso de la fuerza, Consejo de Seguridad y Corte Penal Internacional: la represión penal del crimen de agresión. En Huesa Vinaixa, R. (Coord.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas. Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez Sánchez, R. E. (2012), La definición del crimen de agresión. En Olásolo Alonso, H. y Cuenca Curbello, S., *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*, Vol. I (pp. 77-86.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sayapin, S. (2014), *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, La Haya: Springer.

- Scheffer, D. (2012), El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Política criminal*, 7(13), 209-229.
- Solera, O. (2010): The Definition of the Crime of Aggression: Lessons Not Learned, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 42, 801-823.
- Stein, M. S. (2005), The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council's power to determine Aggression?, *Indiana International & Comparative Law Review* 16, 1-36.
- Trahan, J. (2011), The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference, *International Criminal Law Review*, 11(1), 49-104.
- Van der Vyver, J. D. (2011), Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court, *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review*, 1, 1-52.
- Van Schaack, B. (2010), The Grass That Gets Trampled When Elephants Fight: Will the Codification of the Crime of Aggression Protect Women, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 15, 327-368.
- Weisbord, N. (2009), Conceptualizing aggression, *Duke Journal of Comparative & International Law* 20(1), 1-68.
- Weisbord, N. (2011), Judging Aggression, *Columbia Journal of Transnational Law*, 50, 82-168.

La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

The Role of Customary Law in the Statute of the International Criminal Court

A função do costume no Estatuto da Corte Penal Internacional

Noelia Trinidad Núñez*

Fecha de recepción: 2 de abril de 2015.

Fecha de aprobación: 18 de septiembre de 2015.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.05](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.05)

Para citar este artículo: Trinidad, N. (2015). La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 4, 105-124, doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.05](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.05)

Resumen

Este trabajo se ocupa de la función de la costumbre como fundamento de la punibilidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). En primer lugar, estudia su lugar en el sistema de fuentes del Estatuto. Luego, investiga específicamente si en el ECPI existe una prohibición de fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario. Para ello, estudia el alcance del principio de legalidad en el sistema de la CPI y su relación con el derecho consuetudinario. A continuación, analiza si el ECPI admite el recurso al derecho consuetudinario como criterio de interpretación, incluso en perjuicio del imputado. Finalmente, se ocupa de la propuesta de fundamentar la punibilidad directamente en normas consuetudinarias cuando la CPI ejerce jurisdicción sobre crímenes cometidos en el territorio y por nacionales de Estados no parte. El trabajo concluye que aunque el ECPI reconoce a la costumbre una función más marginal que la que tuvo en las experiencias precedentes de derecho internacional penal, existen, sin embargo, ámbitos en los que

* LL.M. Georg-August Universität Göttingen (Alemania), doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Miembro externo del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal), Georg-August Universität Göttingen (Alemania).

esta fuente puede tener significado y ello incluso en relación con la fundamentación de la punibilidad.

Palabras claves: Corte Penal Internacional, derecho aplicable, derecho consuetudinario, principios y normas del derecho internacional, principio de legalidad, *nullum crimen*, ley escrita, *lex scripta*, *lex praevia*, responsabilidad penal, criterio de interpretación.

Abstract

This paper deals with the role of customary law as a basis for establishing individual criminal responsibility in the Statute of the International Criminal Court (ICCS). Firstly, it analyses the place of customary law among the ICCS's legal sources. Secondly, it specifically investigates whether a prohibition against the use of customary law as a basis for establishing criminal responsibility of individuals can be derived from the ICCS. To this purpose, it examines the scope of the principle of legality and its relationship with customary law in the ICC system. Thirdly, it takes up the question as to whether the ICCS allows for the use of customary law as a criterion of interpretation, even against the accused. Finally, it deals with the proposal to resort to customary law to ground criminal responsibility in cases when the ICC exercises jurisdiction over crimes allegedly committed on the territory or by nationals of non-States Parties. The paper concludes that the role of customary law in the ICCS is marginal and, in any case, minor than it had in previous experiences of international criminal law. However, it also shows that there is still some place for resorting to customary law even in issues regarding criminal liability.

Keywords: International Criminal Court, applicable law, customary law, principles and rules of international law, principle of legality, *nullum crimen*, written law, *lex scripta*, *lex praevia*, criminal responsibility, criterion of interpretation.

Resumo

Este trabalho ocupa-se da função do costume como fundamento da pontualidade no Estatuto da Corte Penal Internacional (ECPI). Em primeiro lugar, estuda seu lugar no sistema de fontes do Estatuto. Depois, investiga especificamente se no ECPI existe uma proibição de fundamentar a punibilidade no direito consuetudinário. Para isso, estuda o alcance do princípio de legalidade no sistema da CPI e sua relação com o direito consuetudinário. A continuação, analisa se o ECPI admite o recurso ao direito consuetudinário como critério de interpretação, inclusive em prejuízo do imputado. Finalmente, ocupa-se da proposta de fundamentar a punibilidade diretamente em normas consuetudinárias quando a CPI exerce jurisdição sobre crimes cometidos no território e por nacionais de Estados não parte. O tra-

balho conclui que ainda que o ECPI reconhece ao costume uma função mas marginal que a que teve nas experiências precedentes de direito internacional penal, existem, no entanto, âmbitos nos que esta fonte pode ter significado e isso inclusive em relação com a fundamentação da punibilidade.

Palavras-chave: Corte Penal Internacional, direito aplicável, direito consuetudinário, princípios e normas do direito internacional, princípio de legalidade, *nullum crimen*, lei escrita, *lex scripta*, *lex praevia*, responsabilidade penal, critério de interpretação.

Introducción

En la literatura jurídica se ha expandido la opinión de que con el establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI) la costumbre, como fuente del derecho internacional penal (DIP), perdió significado (Ambos, 2014, § 5, nm. 6). Seguramente por esta razón la mayoría de los estudios sobre el derecho consuetudinario en el DIP, incluso aquéllos posteriores a la creación de la CPI, se basan principalmente en la práctica de los tribunales *ad hoc* y prestan poca atención a su función en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)¹.

Si bien es cierto que en el ECPI el derecho consuetudinario parece desempeñar un papel bastante marginal, especialmente, en relación con la fundamentación de la punibilidad, existen, sin embargo, espacios en los que podría encontrar aplicación y ello incluso en relación con la responsabilidad penal. A pesar de que los crímenes del ECPI cuentan con un grado de precisión y detalle mayor al de los instrumentos del DIP que le precedieron, existen, sin embargo, fórmulas imprecisas o vagas, como “otros actos inhumanos de carácter similar” (artículo 7(1)(k) del ECPI) o tipos penales que para determinar alguno de sus elementos remiten, por ej., al derecho internacional de los conflictos armados (este es el caso del crimen de guerra de dirigir ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz del artículo 8(2)(e)(iii) del ECPI²). Así

1 Ver, por ej., Arajärvi (2014) y Schlütter (2010).

2 El texto del artículo 8(2)(e)(iii) del ECPI dice: “Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles *con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados*”. Remisiones similares pueden encontrarse en el crimen contra la humanidad de encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física del artículo 7(1)(e) del ECPI (“Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de *normas fundamentales de derecho internacional*”) y en el crimen contra la humanidad de persecución del artículo 7 (1)(h) del ECPI (“Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables *con arreglo al derecho internacional*, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la

mismo, en la parte general existen casos de normas imprecisas, como la frase “[s]alvo disposición en contrario” del artículo 30 del ECPI referido al elemento subjetivo. En estos casos, el derecho consuetudinario podría ser una herramienta útil para integrar tales disposiciones. Por lo tanto, un estudio teórico sobre la costumbre en el ECPI tiene sin duda también una significación práctica.

Este trabajo se centra en analizar la función del derecho consuetudinario en el sistema del ECPI, especialmente, en cuanto a su idoneidad para fundamentar la punibilidad. Para ello, se estructurará la investigación de la siguiente manera: en primer lugar, se expondrá brevemente el sistema de fuentes del artículo 21 del ECPI y se analizará el argumento, difundido en la doctrina, de que en la expresión “principios y normas del derecho internacional” del inciso 1(b) de dicho artículo se encuentra implícitamente reconocido el derecho consuetudinario. Luego, se investigará en qué medida el ECPI admite el empleo del derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad. En relación con este último punto se estudiará también el alcance del principio de legalidad en el ECPI y su relación con el derecho consuetudinario. De este análisis se concluirá que si bien muchos argumentos hablan a favor de que el principio de legalidad del ECPI contiene un mandato de *lex scripta* semejante al de los sistemas jurídicos romano-germánicos, que prohíbe recurrir al derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad, la CPI cuenta con cierto margen para concretar los alcances de esta prohibición. A continuación, se analizará el uso del derecho consuetudinario como criterio de interpretación de normas penales. Al respecto, se sostendrá que el ECPI admite tal empleo, incluso cuando el resultado de esa interpretación resulta más gravoso para el imputado. Por último, se abordará la propuesta de algunos autores de fundamentar la punibilidad directamente en normas consuetudinarias cuando la CPI es llamada a ejercer jurisdicción sobre crímenes cometidos en el territorio y por nacionales de Estados no parte en virtud de una remisión del Consejo de Seguridad (CS) o de una aceptación retroactiva de la competencia de la CPI efectuada por el Estado no parte afectado (arts. 13(b) y 12(3) del ECPI).

1. La inclusión del derecho consuetudinario entre las fuentes de derecho del artículo 21 del ECPI

El ECPI es el primer instrumento en la historia del DIP que incluye una disposición sobre el “derecho aplicable”³. El artículo 21(1) del Estatuto establece un sistema de fuentes estructurado jerárquicamente, que distingue entre fuentes primarias

Corte” (los resaltados no pertenecen al original).

3 Ni los Estatutos de Núremberg y Tokio, ni los de los tribunales *ad hoc* incluyeron una norma referida a

(el ECPI, los Elementos de los Crímenes (EC) y las Reglas de Procedimiento y Prueba); fuentes secundarias (los tratados internacionales y los principios y normas del derecho internacional); y fuentes subsidiarias (los principios generales derivados del derecho interno)⁴. Además, según el inciso 2 del propio artículo 21, la CPI también puede considerar, pero no está vinculada, por sus decisiones anteriores.

Como puede advertirse, el artículo 21 del ECPI no menciona expresamente el derecho consuetudinario como fuente de derecho. Ello resulta llamativo teniendo en cuenta que tradicionalmente ha sido la fuente *par excellence* del derecho internacional (Degan, 1997, pp. 142)⁵. La opinión dominante, sin embargo, considera que el derecho consuetudinario está incluido en esa disposición⁶. Aunque a primera vista esto no resulta evidentemente del texto, hay buenos argumentos para defender esta posición.

Quienes sostienen que el artículo 21 del ECPI incluye el derecho consuetudinario como fuente se basan en la frase “principios y normas del derecho internacional” del inciso 1(b). Esta amplísima referencia a todas las normas y principios del derecho internacional parece incluir el derecho consuetudinario, especialmente si se tiene en cuenta que la costumbre es la fuente originaria del derecho internacional (Jennings & Watts, 1992, p. 25). En este sentido, Pellet (2002, p. 1072) ha indicado que la frase “principios y normas del derecho internacional” es “un tic verbal, una ‘frase hecha’ cuyo propósito es referir a la costumbre”⁷. Para el autor entre principios y normas del derecho internacional no habría diferencias —al menos en lo que respecta a su naturaleza jurídica—, porque ambos pertenecerían al derecho consuetudinario. Para Ambos (2004, p. 16), el derecho consuetudinario derivaría de las “normas del derecho internacional”. McAuliffe deGuzman (2008, pp. 706), por su parte, también sostiene que las “normas del derecho internacional” refieren al derecho consuetudinario, pero deja abierto si también de los principios puede derivarse tal interpretación. Para la autora, esta cuestión dependerá de cómo la CPI interprete la disposición.

Más allá de estas diferencias, la doctrina en su mayoría coincide en que el derecho consuetudinario es una de las fuentes comprendidas en el artículo 21 del

las fuentes; cfr. Esposito (2006), pp. 271.

4 Cf., entre muchos otros, Ambos (2014), § 5, nm. 5. Ver también CPI, Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Apelaciones, *Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*, ICC-01/04-168, 13.07.2006, párr. 23.

5 Esta afirmación puede extenderse incluso al derecho internacional penal, cf. Schlütter (2010), p. 1 s. y Olasolo Alonso (2006), p. 62.

6 Cf., entre otros, Ambos (2014), § 5, nm. 6; Werle (2012), nm. 199; Schabas (2010), pp. 390; Pellet (2002), pp. 1070; McAuliffe deGuzman (2008), pp. 705 ss.; Píkis (2010), p. 81; Donat Cattin (2006), p. 278; Degan (2005), p. 80 y Malarino (2012), p. 363. Hasta donde se ha investigado, solo Fletcher y Ohlin (2005, p. 559) se pronuncian en contra del reconocimiento del derecho consuetudinario como fuente de la CPI.

7 Traducción al español de la autora.

ECPI. Si esta opinión es acertada, uno podría preguntarse por qué los redactores del ECPI no lo mencionaron expresamente u optaron por un sistema de fuentes semejante al del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) que contaba con una larga trayectoria en el derecho internacional.

Los antecedentes del artículo 21 del ECPI no ofrecen, sin embargo, una respuesta clara a este interrogante. Durante los debates del Comité Ad Hoc (1995) se propuso mencionar expresamente al derecho consuetudinario en el Proyecto de ECPI, siguiendo el modelo del artículo 38 del ECIJ⁸; pero esta propuesta no fue considerada en la última versión⁹. La cuestión acerca de la función del derecho consuetudinario como fuente del DIP fue tratada por primera vez durante los debates del Comité Preparatorio (1996-1998)¹⁰. En esa oportunidad, algunas delegaciones plantearon la cuestión de si el derecho consuetudinario era compatible con el principio *nullum crimen sine lege*; otras expresaron dudas acerca de si las normas consuetudinarias también podían fundar la responsabilidad penal individual¹¹. En la Conferencia de Roma (junio-julio, 1998), finalmente, se adoptó el texto “principios y normas del derecho internacional”, sin un debate sobre la cuestión de mencionar expresamente el derecho consuetudinario como fuente de la CPI¹².

Es posible que los redactores del ECPI no hayan querido dar una respuesta definitiva a la pregunta sobre la función del derecho consuetudinario en el ECPI y hayan optado por delegar esta tarea a la CPI. Sea como fuere, en las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Ruto las Salas de Cuestiones Preliminares han incluido el derecho consuetudinario entre los “principios y normas del derecho internacional”¹³.

8 *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, en: Bassiouni (1998), pp. 623-624.

9 *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-sixth Session, Draft Statute for an International Criminal Court*, 2/05-22/07, en: Bassiouni (1998), p. 665.

10 *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996)*, en: Bassiouni (1998), pp. 414.

11 *Id.*

12 *Id.*

13 Cf. CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngujolo Chui*, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/07, 30.09.2008, párr. 508: “Los principios y normas del derecho internacional constituyen una fuente secundaria, aplicable solo cuando las disposiciones del Estatuto no prescriben una solución jurídica. Por lo tanto, como el Estatuto de Roma prevé expresamente este tipo específico de responsabilidad, la cuestión acerca de si el derecho consuetudinario admite o excluye a ‘la empresa criminal conjunta a través de otra persona’ no es relevante para esta Corte” —traducción de la autora—. Cfr. también CPI, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Sala de Cuestiones Preliminares 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, 23.01.2012, párr. 289 [en adelante: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto*].

Debido a la amplitud del texto del artículo 21(1)(b) del ECPI, esta interpretación parece plausible. Sin embargo, en la doctrina se ha sugerido que la falta de una mención expresa del derecho consuetudinario es demostrativa de la voluntad de reforzar la influencia de los sistemas romano-germánicos de derecho penal en el DIP (McAuliffe deGuzman, 2008, p. 707; Pellet, 2002, p. 1071). Con esto, los redactores del ECPI se habrían hecho eco de los argumentos expresados por los penalistas de darle una función más significativa al principio de legalidad en el DIP (Pellet, *id.*). Este reforzamiento del principio de legalidad, sin embargo, puede tener relevancia en relación con el ámbito de aplicación de las normas consuetudinarias, pero por sí mismo no dice nada acerca de si el derecho consuetudinario está reconocido como fuente de derecho por el artículo 21 del ECPI. En otras palabras, es preciso distinguir entre la cuestión de si el derecho consuetudinario es fuente de derecho y la cuestión ulterior de cuáles son sus ámbitos de aplicación. A continuación se analizará este último punto.

2. Ámbito de aplicación del derecho consuetudinario: relación entre el derecho consuetudinario y el principio de legalidad en el ECPI

Si como acabamos de ver el derecho consuetudinario se encuentra comprendido en los “principios y normas del derecho internacional” del inciso (1)(b) del artículo 21 del ECPI, entonces es reconocido como fuente secundaria. Ello significa que la CPI solo podría recurrir a él cuando las fuentes primarias presenten lagunas¹⁴. No obstante, todavía habría que determinar si ello aún es admisible cuando el derecho consuetudinario fundamenta la responsabilidad penal. Para precisar este punto, es necesario analizar el alcance del principio de legalidad en el ECPI y su relación con el derecho consuetudinario.

En el DIP tradicionalmente dominó una concepción débil del principio de legalidad. Para el Tribunal de Núremberg se trató de un principio de justicia que no limitaba la soberanía del Estado ni configuraba un derecho subjetivo individual¹⁵. Para los tribunales *ad hoc* se trató, en cambio, de una exigencia de que las normas penales fueran previsibles y accesibles para los individuos¹⁶. Estos tribunales, sin

14 Cf. CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 04.03.2009, párr. 44 [en adelante: Decisión del caso *Al Bashir*].

15 Cf. Tribunal Militar Internacional, sentencia del 01.10.1946, recuperado de: <http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf> [Consulta: 17.09.2015], p. 52. También Olaso Alonso (2013), p. 22.

16 Cf., por ej., TPIY, *Prosecutor v. Milutinovic et al.*, Sala de Apelaciones, *Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise*, IT-99-37-AR72, 21.03.2003, párr. 21 y TPIR,

embargo, no contaron con una regulación expresa del *nullum crimen sine lege* en sus estatutos, ni derivaron de él la existencia de una prohibición de recurrir al derecho consuetudinario¹⁷.

En el ECPI, el principio de legalidad está previsto explícitamente en los artículos 22 a 24. En lo que a este trabajo interesa, el artículo 22(1) prescribe que nadie será penalmente responsable de conformidad con el ECPI a menos que la conducta constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la CPI, mientras que el artículo 24 establece como límite temporal de la responsabilidad penal la entrada en vigor del ECPI. Además, el artículo 22(2) ordena que las reglas sean interpretadas estrictamente, prohíbe la analogía y establece la interpretación a favor del reo en caso de ambigüedad.

En consonancia con esta regulación, las definiciones de los crímenes son más precisas que las que existían en los documentos precedentes del DIP (Schabas, 2010, p. 407), y los EC, al desarrollar estas definiciones, contribuyen a proporcionar mayor certeza (Olasolo Alonso, 2006, p. 71)¹⁸.

Para muchos, la codificación del principio de legalidad en el ECPI representó un punto de inflexión en la historia del DIP (Kreß, 2009, p. 143), no solo por su reconocimiento expreso, sino porque han visto allí una redacción en cierto grado precisa, similar a la de los sistemas romano-germánicos (Schlütter, 2010, p. 319). Esto sugiere que al igual que en la mayoría de los países de tradición jurídica continental, el principio de legalidad contendría una prohibición de recurrir al derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad como se recoge en la expresión *lex scripta*¹⁹.

En lo que respecta a la jurisprudencia, la Sala de Cuestiones Preliminares I ha sostenido en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga que no se infringe el principio de legalidad si se decide sobre la base de una *lex scripta, praevia, certa y stricta* (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, 2007). Si bien esta afirmación, desde el punto de vista de la lógica tradicional, no implica que exista una lesión al

Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Sala de Primera Instancia, *Judgement*, ICTR-96-4-T, 2.09.1998, párr. 617. Ver también CESL, *Prosecutor v. San Hinga Norman*, Sala de Apelaciones, *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction*, SCSL 04-14-AR72(E), 31.05.2004, párr. 35.

17 Sin embargo, estos tribunales reconocieron la aplicación del principio “*nullum crimen sine iure*” que admite al derecho consuetudinario como fuente de derecho en el DIP (cf., por ej., TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, Sala de Apelaciones, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, 2.09.95, párr. 143). En el informe sobre la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el propio secretario general de las Naciones Unidas sostuvo incluso que este principio requeriría que el tribunal internacional solo emplee normas que sin duda sean parte del derecho consuetudinario; cf. *Report of the Secretary General of the UNSC Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, S/25704 (1993), 9, Nro. 34. Al respecto, ver también Olasolo Alonso (2013), p. 29.

18 Cf. también CPI, *Decisión del caso Al Bashir*, cit., párr. 131.

19 Sostienen esta posición, por ej., Gallant (2009), p. 335; Schlütter (2010), pp. 319; Schabas (1998), p. 408. Cf. también Broomhall (2008), p. 724 y Boot (2002), pp. 383.

principio cuando la CPI decide sobre la base de una norma consuetudinaria, desde el punto de vista de la lógica jurídica, este tipo de razonamiento al contrario sería admisible²⁰.

Sin embargo, un buen número de autores admite que el derecho consuetudinario puede fundamentar la punibilidad, aunque de manera limitada²¹.

En los debates sobre la codificación del principio *nullum crimen* se planteó la cuestión de cómo armonizar este principio con el sistema de fuentes del DIP, que hasta entonces principalmente se basaba en el derecho consuetudinario. Al respecto, en el Comité Preparatorio de 1996 se discutieron dos propuestas. Por un lado, que la competencia de la CPI estuviera limitada a juzgar las conductas tipificadas en el ECPI²², con lo cual la punibilidad solo podría basarse en las normas (escritas) del Estatuto. Por otro, que la Corte solo tuviera competencia para juzgar las conductas punibles según el derecho internacional²³, aceptando, por lo tanto, el recurso al derecho consuetudinario. La versión final del artículo 22(1) del ECPI adoptó la formulación “un crimen de la competencia de la Corte”.

Esta frase, sin embargo, por sí misma no da una respuesta definitiva sobre la posibilidad de fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario. Aunque por un lado el texto parece sugerir que se habría adoptado una solución cercana a la primera de las propuestas antes mencionadas, por el otro, también podría interpretarse, siguiendo la práctica de los tribunales *ad hoc*, en el sentido de que las definiciones del ECPI solo delimitarían la competencia de la CPI, mientras que la punibilidad debería fundamentarse en normas consuetudinarias²⁴.

Teniendo en cuenta la importancia central que tuvo la experiencia de los tribunales *ad hoc* para el desarrollo del DIP esta última interpretación, en principio, podría ser plausible. Sin embargo, la distinción entre reglas de competencia y reglas sustantivas tuvo como único sentido evitar las objeciones contra estos tribunales basadas en el principio de legalidad; como sus estatutos habían sido creados con posterioridad a los hechos que debían juzgar, el derecho consuetudinario era la única fuente que permitía cumplir con las exigencias del *nullum crimen* (Olasolo Alonso, 2013, p. 31). En el sistema del ECPI, en cambio, al no plantearse este

20 Sobre la explicación de por qué el argumento a contrario sería objetable desde el punto de vista de la lógica tradicional, pero aceptado por la lógica jurídica, cf. Klug, U. (1990), pp. 176.

21 Cf., por ej., Ambos (2014), § 5, nm. 7, haciendo referencia a los tipos penales en blanco; Cassese, Acquaviva, Fan & Whithing (2011), p. 6; Triffterer (2004), p. 220; Santalla Vargas (2008), p. 73 y Parenti (2006), p. 60.

22 *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume II (Compilation of Proposals)*, en: Bassiouni (1998), p. 480. Cf. también Lamb (2002), p. 749; Catenacci (1998), p. 162.

23 *Id.*

24 Sobre esta distinción cf. Boot (2002), p. 377.

problema de retroactividad (artículo 24 del ECPI), esa distinción pierde sentido. Como sucede en los ordenamientos nacionales, las definiciones de los crímenes no solo constituyen reglas de competencia, sino también reglas sustantivas (Gallant, 2009, p. 343). Por otra parte, un análisis de algunas disposiciones del ECPI y sus antecedentes también parece sustentar la primera de las propuestas.

Por un lado, ello se desprende de una interpretación conjunta de los artículos 22(1), 5, 6, 7 y 8 del ECPI. Así, cuando el artículo 22(1) habla de “un crimen de competencia de la Corte” (como fundamento de la responsabilidad penal), está aludiendo a los crímenes enumerados en el artículo 5, según fueron definidos en los artículos 6, 7 y 8. Esto hablaría en contra del recurso al derecho consuetudinario para sustentar la punibilidad²⁵.

También los debates previos al establecimiento de la CPI apoyan esta conclusión. Durante la Conferencia de Roma, los Estados expresaron su voluntad de que el ECPI cuente con normas claras y precisas para limitar la competencia del tribunal y proteger a los individuos frente a un ejercicio arbitrario de la función judicial (Boot, 2002, p. 617)²⁶. La práctica de los tribunales *ad hoc*, sin dudas conocida por los Estados que negociaron el ECPI²⁷, ha mostrado que el derecho consuetudinario puede conceder a los jueces un amplio margen de discreción. Fundamentalmente por el hecho de que no está escrito resulta más difícil de precisar. En el ámbito del derecho (positivo) escrito, en cambio, el legislador tiene mayores posibilidades de determinar, al menos en un cierto grado, el comportamiento punible. Por ello, las normas escritas, por un lado, permiten una aplicación más uniforme del derecho y proporcionan mayor seguridad jurídica a los individuos, y, por otro, resultan más accesibles para sus destinatarios, permitiendo una más fácil comprensión del campo de lo prohibido (Kuhli, 2010, pp. 111, 898; Boot, 2002, p. 95; Gil Gil, 1999, p. 88).

En este contexto, si la intención de los Estados contratantes fue proporcionar a la CPI normas claras y precisas, de lo cual incluso es demostrativo el hecho de

25 Similar, Schabas (2010), p. 407 y Boot (2002), pp. 377 y 617. Cf. también Gil Gil (1999), p. 78, señalando que las fuentes enumeradas en las letras (b) y (c) del artículo 21 del ECPI no pueden servir para tipificar delitos aplicables por la CPI, porque de lo contrario las definiciones exhaustivas de los artículos 5 y ss. del ECPI no tendrían sentido.

26 Por ej., la delegación japonesa sostuvo: “[F]ue de suma importancia definir de manera precisa los elementos constitutivos de los crímenes, en vistas a la importancia cardinal, entre otros, del principio *nullum crimen sine lege*.” —traducción de la autora— (A/CONR183/13 (Vol. II), *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June – 17 July 1998 Official Records, Vol. II*, United Nations – New York, 2002, p. 67, nm. 43, recuperado de <http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf> [Consulta: 17.09.2015]. Cf. también las opiniones manifestadas por las delegaciones de Paquistán (*id.*, p. 79, nm. 94); India (*id.*, p. 86, nm. 52); Bahrein (*id.*, p. 117, nm. 45); los Estados Unidos (*id.*, pp. 158, 159; nm. 49 ss.); Israel (*id.*, p. 167, nm. 77). Cf. también Schabas (2010), pp. 407, con información adicional.

27 Basta con ver las numerosas referencias durante la Conferencia de Roma: <http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf> [Consulta: 17.09.2015].

que los crímenes hayan sido redactados con meridiana precisión —una diferencia ostensible con los estatutos de los tribunales *ad hoc* (Schabas, 2010, p. 407)—, parece plausible concluir que el principio de legalidad del ECPI no admite el derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad.

Sin embargo, la falta de una respuesta definitiva y expresa sobre este punto lleva a pensar que los redactores no quisieron sellar la cuestión y la dejaron abierta a la consideración de la CPI. Si bien parece bastante claro que el ECPI no admite que la responsabilidad penal se fundamente directamente en normas consuetudinarias, tipos penales como el del artículo 8(2)(e)(iii) del ECPI (crimen de guerra de dirigir ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz), mencionado en la introducción, esto es, que remiten a áreas del derecho internacional en las que el derecho consuetudinario aún tiene una fuerte impronta, parecen sugerir que en el ámbito de la fundamentación podría tener alguna incidencia²⁸. En todo caso, la CPI tendrá mucho por decir para precisar los alcances de esta prohibición²⁹.

3. El derecho consuetudinario como criterio de interpretación de los tipos penales del ECPI

Una cuestión diferente, aunque muy vinculada a la del recurso al derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad, es la de si es posible su empleo como un medio de interpretación, y ello incluso cuando esa interpretación repercute en perjuicio del imputado³⁰.

En el ECPI existen dos vías para fundamentar el uso del derecho consuetudinario como criterio de interpretación. Puede derivarse, por un lado, de su función como fuente de derecho (art. 21(1)(b) del ECPI) y, por otro, de los criterios de interpretación previstos en el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena (CV), que de conformidad con el art. 21(1)(b) del ECPI (“tratados aplicables”) es aplicable como fuente secundaria³¹.

28 En el mismo sentido, cf. Parenti (2006), p. 60.

29 Aunque, como hemos visto, en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, la CPI parece adoptar una versión del principio de legalidad que no admitiría al derecho consuetudinario como fundamento de la punibilidad (ver nota 20 y texto principal), hasta el momento tampoco parece haber descartado de forma categórica la posibilidad de recurrir a esta fuente en algunas áreas de la responsabilidad penal. Cf. CPI, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto*, cit., párr. 289, donde la CPI parece admitir el empleo del derecho consuetudinario cuando se presentan lagunas en las formas de responsabilidad previstas en el artículo 25 del ECPI.

30 Sobre esta discusión en el derecho penal alemán, cf., a favor, entre otros: Gribbohm (2003), § 1, nm. 71; Eser & Hecker (2010), § 1, nm. 12 s.; Jescheck & Weigend (1996), p. 90; en contra: Hassemmer & Kargl (2010), § 1, nm. 13 y Krey (1983), nm. 107.

31 Sobre el empleo de los criterios de la CV para interpretar normas del ECPI, cf. CPI, Sala de Apelaciones, *Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s on 31 March*

Con respecto a la primera, puede argumentarse que si es admisible emplear normas consuetudinarias como fuente de derecho, también debería ser posible recurrir a ellas como medio de interpretación³². Sin embargo, estas dos funciones (criterio de interpretación y fuente de derecho) deben ser diferenciadas: como criterio de interpretación es una ayuda para reconocer el significado de un término del ECPI que sea poco preciso (por ej. por problemas de ambigüedad o vaguedad), en cambio, como fuente de derecho el derecho consuetudinario se aplica con independencia de que exista un nexo tal con un término del ECPI.

Por otra parte, la posibilidad de emplear el derecho consuetudinario como criterio de interpretación puede derivarse del art. 31(3)(c) de la CV que subraya que, junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, lo que tradicionalmente se ha entendido como una remisión al derecho consuetudinario (Sands & Commission, 2010, pp. 39; Cryer, 2009, p. 398; Akande, 2009, p. 51; Schlütter, 2010, pp. 93; Meron, 2005, p. 832).

Como se advierte, en principio, sostener que el derecho consuetudinario puede ser empleado como medio de interpretación no resulta problemático. Sin embargo, podría darse, por ej., el caso de que un término del ECPI según el sentido literal y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado admita ser interpretado en dos sentidos, y uno de ellos, el más gravoso o el que más amplía la punibilidad, se base en el derecho consuetudinario. Este ejemplo plantea la pregunta de si existen reparos jurídicos basados en el mandato de *lex scripta*, para que el tribunal opte por la interpretación apoyada en el derecho consuetudinario, cuando resulta más perjudicial para el imputado que la/s otra/s posible/s.

A esta pregunta debe responderse de manera negativa. Por un lado, el empleo del derecho consuetudinario como criterio de interpretación no afecta el mandato de *lex scripta*, porque la punibilidad no se fundamenta en la norma consuetudinaria, sino en definitiva en una norma del ECPI. El derecho consuetudinario funcionaría como un medio para interpretar el texto de la norma escrita, es decir, para concretar su significado. Si bien la interpretación puede conllevar en cierta medida un momento creativo, la intención del intérprete, no está dirigida a crear una norma, sino solo a reconocer su significado, plasmado en el texto (Larenz, 1991, p. 367). Por lo tanto, se trataría de una interpretación cubierta por el sentido literal posible y no de un caso de “desarrollo del derecho”³³.

2006 Decision Denying Leave to Appeal, ICC-01/04-168, 13.07.2006, párr. 33.

32 Acerca de la posibilidad de recurrir a las fuentes del artículo 21 del ECPI para aclarar el significado del término de una disposición, cfr. Catenacci (1998), p. 190.

33 Aunque la diferencia entre “interpretación” y “desarrollo del derecho” (*Rechtsfortbildung*) es muy

Por otra parte, tampoco podrían alegarse objeciones basadas en el artículo 22(2) del ECPI, según el cual las definiciones de los crímenes deben ser interpretadas estrictamente (primera oración) y en caso de ambigüedad, deben ser interpretadas a favor de la persona objeto de investigación (segunda oración).

Por un lado, la exigencia de que las definiciones sean interpretadas de manera estricta significa que debe darse prioridad a aquellos significados que se encuentran dentro de la esfera nuclear del término y excluir aquellos ubicados en su esfera marginal (Larenz, 1991, pp. 350; Esposito, 2006, pp. 261). Ahora bien, dónde empieza y termina exactamente cada una de estas esferas es una cuestión que debe resolverse en el caso concreto. En lo que aquí respecta, puede concluirse que, frente a varias posibilidades interpretativas (cubiertas todas por el sentido literal posible y en ausencia de otros criterios de interpretación), el juez debería optar por el significado que resulta del derecho consuetudinario cuando proporcione la alternativa más cercana a la esfera nuclear del término (más restrictiva), y ello aunque en el caso concreto sea en perjuicio del imputado. En otras palabras, “interpretación restrictiva” no significa “interpretación a favor del reo”, sino interpretación más ajustada al núcleo del término (Esposito, 2006, pp. 261)³⁴.

Por otra parte, tampoco podría alegarse que el derecho consuetudinario no puede guiar una interpretación en perjuicio del imputado en virtud de que la segunda oración del artículo 22(2) del ECPI establece que en caso de ambigüedad, las definiciones de los crímenes deben ser interpretadas a favor de la persona objeto de enjuiciamiento (*favor rei*). Como es sabido, esta regla encuentra aplicación al final del proceso de interpretación (Broomhall, 2008, p. 726; Cryer, 2009, pp. 403). Por lo tanto, el juez primero debería agotar todos los criterios de interpretación (incluso el derecho consuetudinario) y recién ahí, si todavía persisten las dudas sobre el significado del término, decidir a favor del imputado (*id.*).

4. Dos casos especiales: situación remitida por el CS o por Estados no parte

De acuerdo con los artículos 12 y 13 del ECPI, existen tres casos en los que la CPI puede hacer uso de su competencia: (i) cuando se comete uno de los crímenes del

sutil y existen de hecho muchas zonas grises, se considera que el límite entre ambas está marcado precisamente por el tenor literal de la norma: toda aplicación implícita dentro del tenor literal de una norma es “interpretación” y toda aplicación que va más allá del tenor literal es considerada un “desarrollo del derecho”. Al respecto, véase Klatt (2012), p. 225.

34 Por otra parte, el principio de que toda duda debe ser resuelta a favor del reo (interpretación a favor del reo) está expresamente recogido en la segunda oración del artículo 22(2) del ECPI: “En caso de ambigüedad, [la definición del crimen] será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”.

artículo 5 del ECPI en el territorio o por un nacional de un Estado parte (artículo 12(2) (a) y (b) del ECPI); (ii) cuando un nacional de un Estado no parte comete un crimen en el territorio de un Estado no parte y el tercer Estado acepta que la CPI ejerza competencia retroactivamente sobre el crimen (artículo 12(3) del ECPI); o (iii) el CS remite la situación concerniente al Estado no parte en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 13(b) del ECPI).

En el primer caso se reconocen como fundamento de la competencia los principios de nacionalidad y territorialidad (Bock & Preis, 2007, p. 153). Es decir, se requiere que el autor del crimen sea nacional de un Estado parte o el crimen sea cometido en un Estado parte. En relación con la prohibición de retroactividad este caso no presenta problemas, porque el Estado parte, mediante la ratificación del ECPI, ha aceptado como vinculante la competencia de la CPI tanto respecto de su territorio como de sus nacionales. Ello significa que la conducta en cuestión al momento del hecho resulta punible en virtud del lugar de comisión o de la nacionalidad del supuesto autor.

El segundo y el tercer caso son excepciones al primero, porque al momento del hecho ni el Estado en el que se cometen los crímenes, ni el de la nacionalidad del supuesto autor era un Estado parte del ECPI. Ello significa que al ejecutarse el crimen la CPI no tenía competencia para juzgarlo y el ECPI no era vinculante para el o los presuntos autores. Como aquí la competencia de la CPI surge *ex post facto* en virtud de una decisión del CS o del Estado no parte, se plantea que en estos casos la responsabilidad penal no debería fundarse en el ECPI, pues ello implicaría para los acusados una aplicación retroactiva de sus disposiciones, sino en otras normas que obligaran a estos individuos en el momento de los hechos (Bock & Preis, 2007, p. 153; Broomhall, 2008, p. 720; Gallant, 2009, p. 339). Con esto, se abre la puerta para que la CPI fundamente la punibilidad en normas consuetudinarias (Gallant, *id.*).

Si se sigue esta propuesta, la CPI debería comprobar primero si la conducta en cuestión está prevista por uno de los crímenes definidos en el artículo 5 del ECPI, pues su competencia *rationae materiae* está limitada a los crímenes allí mencionados (artículo 13 del ECPI). Luego, debería determinar si ese mismo crimen era parte del derecho consuetudinario al momento en el que se cometieron los hechos, esto es, si además era vinculante para el imputado³⁵.

Esta propuesta podría evitar una colisión con la prohibición de retroactividad en las constelaciones (ii) y (iii), porque, a diferencia de las disposiciones del ECPI, el derecho consuetudinario resulta en principio vinculante para todos los individuos

35 Similar Broomhall (2008), p. 720.

(en tanto destinatarios de la amenaza penal)³⁶. No obstante, presentaría el problema de que al momento de los hechos no existe una ley escrita (en ese momento solo el derecho consuetudinario vincula al individuo). Además, podría atentar contra la voluntad de los Estados contratantes de contar con definiciones de los crímenes más precisas y determinadas.

Si se entiende que el mandato de *lex scripta* tiene como finalidad exclusiva limitar la discreción judicial, en estos casos no pareciera problemático recurrir al derecho consuetudinario, porque la competencia de la CPI en definitiva debe limitarse a las definiciones del ECPI. Al derecho consuetudinario se recurriría únicamente para fundamentar la punibilidad, pero solo con respecto a los elementos que ya están previstos en aquellas definiciones. Sin embargo, el mandato de *lex scripta* sirve también para reforzar las posibilidades de que los destinatarios de las sanciones penales (individuos) conozcan el contenido de las normas que los vinculan y puedan prever las consecuencias de sus conductas. Como se mencionó en el apartado 3, el derecho consuetudinario, por el hecho de que no está escrito, satisface estas exigencias de manera más limitada que el derecho escrito (Kuhli, 2010, pp. 111, 898; Boot, 2002, p. 95; Gil Gil, 1999, p. 88).

Entonces, podemos afirmar que los casos (ii) y (iii) presentan un dilema: o bien se fundamenta la punibilidad en las definiciones del ECPI y, con ello, se renuncia a la garantía de la ley previa, o se recurre para ello a normas consuetudinarias no escritas, con la consecuencia de una pérdida en la accesibilidad y previsibilidad.

La primera posibilidad parece inaceptable, porque significa una renuncia total al mandato de *lex praevia*. La condena de un individuo con base en normas que al momento de los hechos no le eran vinculantes parece tan ilegítima como exigirle que conociera su contenido. Esta solución, además, atentaría contra la cláusula de compatibilidad prevista en el artículo 21(3) del ECPI, pues en el ámbito de los derechos humanos, todas las convenciones internacionales exigen como derivación del principio de legalidad la existencia de una norma previa (Gallant, 2009, p. 156; Olasolo Alonso, 2013, pp. 26).

La segunda variante del dilema, esto es, fundamentar la punibilidad en normas consuetudinarias vinculantes al momento de los hechos, también plantea inconvenientes, aunque menos significativos. Si bien esta alternativa no afecta el mandato de *lex praevia*, las normas consuetudinarias suelen ser más imprecisas e indeterminadas y, por lo tanto, menos accesibles y previsibles para los individuos. Además, según esta alternativa algunos crímenes previstos en el ECPI podrían quedar impunes, porque aunque los *core crimes* del derecho internacional tienen, en principio, naturaleza

36 Como es sabido, el derecho consuetudinario vincula de manera inmediata tanto a los Estados como a los individuos. Al respecto, cf. Bock & Preis (2007), p. 153.

consuetudinaria, algunas variantes típicas de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra del ECPI exceden el derecho consuetudinario (Bock & Preis, 2007, pp. 149 y 153).

Por lo tanto, si se opta por no poner en duda la legitimidad de los procedimientos que comienzan con remisiones del CS o de Estados no parte, parece difícil encontrar una solución al dilema que plantean estos casos.

Lo que aquí interesa resaltar es que este dilema (o incluso *trilema*, si se agregara la posibilidad de cuestionar la legitimidad de estos procedimientos) muestra que, según cómo se resuelva, podría existir un espacio para fundamentar la responsabilidad penal en normas consuetudinarias. Sin embargo, la jurisprudencia referida a la situación de Sudán (remitida por el CS) parece indicar que la CPI se habría decidido por la primera de las variantes. Pues en la primera decisión de confirmación de cargos emitida en el marco de esta situación evaluó la relevancia penal de las conductas imputadas en función de las definiciones del ECPI, sin comprobar que existía una norma consuetudinaria en el momento en que tuvieron lugar³⁷.

Conclusiones

Si bien en el sistema del ECPI al derecho consuetudinario se le reconoce una función bastante más marginal que la que tuvo en el DIP en general, existen, sin embargo, ámbitos en los que esta fuente puede tener todavía significado y ello incluso en relación con la fundamentación de la punibilidad.

Por un lado, aunque muchos argumentos hablan a favor de que en el ECPI existe una prohibición de recurrir al derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad, una respuesta definitiva dependerá en gran medida de cómo la CPI precise los alcances de esta prohibición. Además, como se ha visto, existiría en todo caso un espacio para una fundamentación indirecta en el derecho consuetudinario en el supuesto de tipos penales en blanco que remiten a áreas del derecho internacional en las que esta fuente aún tiene una fuerte impronta. A ello hay que añadir que el ECPI, admitiría también que el derecho consuetudinario sea empleado como criterio de interpretación para concretar términos específicos de las definiciones de los crímenes, incluso cuando la interpretación repercuta en perjuicio del imputado.

Además, se ha analizado la posibilidad de emplear el derecho consuetudinario (como fundamento directo de la punibilidad) cuando la CPI es llamada a ejercer competencia en forma retroactiva sobre crímenes cometidos por nacionales de un Estado no parte en el territorio de un Estado no parte. Como vimos, estos casos, en los

37 No obstante, en la decisión, la CPI no hizo mención al dilema planteado en este trabajo. Cf. CPI, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain et al.*, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”*, ICC-02/05-03/09, 7.03.2011, en especial párr. 48 ss.

que la intervención de la CPI se asemejaría a la de un tribunal *ad hoc*, plantearían un dilema: o bien se juzga las conductas a la luz de las definiciones del ECPI y se acepta con ello una renuncia a la garantía de la *lex praevia*, o se recurre para ello al derecho consuetudinario, con la consecuencia de una pérdida en la accesibilidad y previsibilidad de las normas. Aunque al respecto el ECPI dejaría abierta la puerta para emplear el derecho consuetudinario, la primera jurisprudencia de la CPI parece no haber considerado necesario recurrir a él, pues en estos casos ha empleado las definiciones del ECPI, sin comprobar su naturaleza consuetudinaria.

Referencias

- Akande, D. (2009). Sources of International Law. En Cassese, A. (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (pp. 41-53). Oxford et al.: Oxford University Press.
- Ambos, K. (1999). General principles of criminal law in the Rome Statute. *Criminal Law Forum (CLF)*, 10, 1-32.
- Ambos, K. (2004). *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Ambos, K. (2014). *Internationales Strafrecht*. Múnich: Beck.
- Arajärvi, N. (2014). *The Changing Nature of Customary International Law; Methods of interpreting the concept of custom in international criminal tribunals*. Londres: Routledge.
- Bassiouni, M.C. (1998). *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*. Nueva York: Transnational Publ.
- Bock, S. & Preis, L. (2007). Strafbarkeit nach Völkergewohnheitsrecht oder Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot? – Drittstaatenangehörige vor dem IstGH. *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, 20 (3), 148-155.
- Boot, M. (2002). *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. Amberes: Intersentia.
- Broomhall, B. (2008). Article 22. *Nullum crimen sine lege*. En Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article* (pp. 713-729). Múnich: Beck.
- Cassese, A., Acquaviva, G., Fan, M., & Whiting, A. (2011). *International Criminal Law. Cases and Commentary*. Oxford et al.: Oxford University Press.

- Catenacci, M. (1998). Nullum Crimen Sine Lege. En LATTANZI, F. (Ed.), *The international Criminal Court: Comments on the Draft Statute* (pp. 159-170). Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Cryer, R. (2009). Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the politics of sources. *New Criminal Law Review*, 12, 390-405.
- Degan, V.D. (1997). *Sources of International Law*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- Degan, V.D. (2005). On the Sources of International Criminal Law. *Chinese journal of International Law (CJIL)*, 4(1), 45-83.
- Donat Cattin, D. (2006). Il Diritto Applicabile. En Arghirò, F. - Lattanzi, G. (Eds.), *La Corte Penale Internazionale* (pp. 269-311). Milán: Giuffrè.
- Eser, A. & Hecker, B. (2010). En Schönke, A. & Schröder, H., *Strafgesetzbuch: Kommentar*. Múnich: Beck.
- Esposito, A. (2006). Il Principio di Legalità. En Arghirò, F. - Lattanzi, G. (Eds.), *La Corte Penale Internazionale* (pp. 217-267). Milán: Giuffrè.
- Fletcher, G.P. & Ohlin, J.D. (2005). Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case. *Journal of International Criminal Justice*, 3, 539-561.
- Gil Gil, A. (1999). *Derecho Penal Internacional*. España: Tecnos.
- Gallant, K. (2009). *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gribbohm, G. (2003). En Jähnke, B. et al. *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. Berlín: De Gruyter Recht.
- Hassemer, W. & Kargl, W. (2010). En Kindhäuser, U., Neumann, U. & Paeffgen, HU., *Strafgesetzbuch. Band 1*. Baden-Baden: Nomos.
- Jennings, R. & Watts A. (Eds.). (1992). *Oppenheim's International Law, Vol. I, Introduction and Part I*. Harlow: Longman.
- Jescheck, H.H. & Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Klatt, M. (2012). El límite del tenor literal. En Montiel, J.P. (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal* (pp. 225-249). Madrid et al.: Marcial Pons.
- Klug, U. (1990). *Lógica jurídica* (trad. J.C. Gardella). Bogotá: Temis.

- Kreß, C. (2009). The international Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice. En Cassese, A. (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (pp. 143-159). Oxford et al.: Oxford University Press.
- Krey, V. (1983). *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*. Berlín: de Gruyter.
- Kuhli, M. (2010). *Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Lamb, S. (2002). *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* in International Criminal Law. En Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, John R.W.D (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Volume II* (pp. 733-766). Oxford et al.: Oxford University Press.
- Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlín: Springer.
- Malarino, E. (2012). El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: Algunos problemas en relación con el principio de legalidad penal. En Donna, E. (Dir.), *Revista de Derecho Penal (Derecho Penal Internacional, número extraordinario)*, pp. 347-364. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- McAuliffe deGuzman, M. (2008). Article 21. Applicable Law. En Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article* (pp. 701-712). Múnich: Beck.
- Meron, T. (2005). Revival of Customary Humanitarian Law. *American Journal of International Law (AJIL)*, 99(4), 817-834.
- Olasolo Alonso, H. (2006). 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 Penal*, 5, 1-17.
- Olasolo Alonso, H. (2013). El principio *nullum crimen sine iure* en el Derecho Internacional Contemporáneo. *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 1, 18-42.

- Parenti, P. (2006). Informe sobre Argentina. En Ambos, K., Malarino, E. & Woischnik, J. (Coords.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (pp. 49-98). Montevideo: Adenauer Stiftung e.V.
- Pellet, A. (2002). Applicable Law. En Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, John R.W.D (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Volume II* (pp. 1051-1084). Oxford et al.: Oxford University Press.
- Pikis, G. (2010). *The Rome Statute for the International Criminal Court*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Sands, P. & Commission, J. (2010). Treaty, Custom and Time: Interpretation/Application? En Fitzmaurice, M., Elias, O. & Merkouris, P. (Eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (pp. 39-58). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Santalla Vargas, E. (2008). Informe sobre Bolivia. En Ambos, K. & Malarino, E. (Coords.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional* (pp. 67-93). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung e.V.
- Schabas, W.A. (1998). General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (EJCCLCJ)*, 6(4), 400-429.
- Schabas, W.A. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford et al.: Oxford University Press.
- Schlütter, B. (2010). *Developments in Customary International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Triffterer, O. (2004). Command Responsibility, Article 28 Rome Statute, an Extension of Individual Criminal Responsibility for Crimes Within the Jurisdiction of the Court - Compatible with Article 22, *nullum crimen sine lege*? En Triffterer, O (Ed.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler* (pp. 213-262). Heidelberg: C.F. Müller Verlag.
- Werle, G. (2012). *Völkerstrafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

SECCIÓN DE REPORTE DE JURISPRUDENCIA

**Esta sección ha sido realizada con el acompañamiento
de la profesora Andrea Mateus Rugeles**

A. Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia: decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el caso de la Fiscalía contra Vlastimir Đorđević

Juan Camilo Serrano Uribe

B. Corte Internacional de Justicia: caso relativo a la aplicación de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Croacia contra Serbia) Decisión de fondo 3 de febrero de 2015

Gretta Natalia Hernández

A. Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia

Decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el caso de la Fiscalía contra Vlastimir Đorđević

Juan Camilo Serrano Uribe

Introducción

El caso de la Fiscalía contra *Vlastimir Đorđević* hace referencia a los incidentes que tuvieron lugar en la República de Kosovo durante el periodo transcurrido entre el 1 de enero y el 20 de junio de 1999. Durante este tiempo *Đorđević* tuvo el cargo de Ministro asistente del Ministerio del Interior de Serbia (MUP) y jefe del Departamento de Seguridad del MUP (RJB).

El 23 de febrero de 2011, la Sala de Primera Instancia (SPI) del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, dictó sentencia condenando a *Đorđević* a 27 años de prisión por los crímenes de lesa humanidad de: persecución por motivos raciales, asesinato, deportación y otros actos inhumanos (desaparición forzada), así como por el crimen de guerra de homicidio intencional. La SPI encontró que *Đorđević* participó en una Empresa Criminal Común (ECC), ayudando y promoviendo la comisión de los crímenes anteriormente mencionados, con el propósito de modificar la composición étnica en la República de Kosovo para asegurar el control por parte de Serbia sobre este territorio.

El 13 de mayo de 2013 la Sala de Apelaciones (SA) escuchó la presentación oral de las partes, en la cual *Đorđević* alegó 19 motivos de apelación, mientras que la Fiscalía presentó dos motivos de apelación. Finalmente, en la sentencia del 27 de enero de 2014, la SA modificó la condena de 27 años de prisión impuesta por la SPI, limitándola a 18 años.

Principales Aspectos de la Decisión de Apelación en el caso *Đorđević* en relación con la Doctrina de la Empresa Criminal Común

En la decisión de apelación del caso *Đorđević*, la SA abordó varios aspectos relacionados con la doctrina de la ECC. En primer lugar, en relación con la pluralidad de personas en la ECC, la SA afirmó que para catalogar a una persona como miembro de una ECC es necesario determinar primero la pluralidad de personas pertenecientes a la misma y el propósito criminal común que compartían. La existencia de una pluralidad de personas puede identificarse al referirse a “categorías o grupo de personas” sin que sea necesario individualizar a cada uno de los individuos involucrados. En este orden de ideas, no es necesario verificar, por un lado, cada acción individual y, por otro lado, la intención de cada miembro de la ECC para establecer que una pluralidad de personas actuó conjuntamente en la implementación del plan común. En consecuencia, para la SA no es necesario a estos efectos examinar ni las acciones individuales, ni la intención de cada miembro de la ECC¹.

En segundo lugar, con respecto al elemento subjetivo de la tercera categoría de ECC, la SA subrayó que, al implicar la responsabilidad por crímenes cometidos más allá del plan común que constituyen una consecuencia natural y previsible de su ejecución², el elemento subjetivo requerido es doble³. Por un parte, es necesario que el acusado haya tenido la intención exigida por la primera categoría de ECC⁴, lo que significa que debe haber compartido la intención de llevar a cabo los crímenes que forman parte del plan común con los demás miembros de la ECC⁵. Por otra parte, se requiere también que el acusado conociera que la comisión del crimen previsible que no formaba parte del plan común “era una posible consecuencia de la implementación del plan común”⁶.

Además, según la SA, cuando el crimen previsible requiere de un dolo especial, es necesario establecer que era razonablemente previsible para el acusado que el crimen pudiera ser cometido por otros miembros del plan común con dicho *dolo especial*, sin que se necesite demostrar que el propio acusado actuó motivado por el mismo⁷.

1 *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Case No. IT-05-87/1-A, Judgement, 27 January 2014 (“*Đorđević et al. Appeal Judgement*”). Párr. 141.

2 Ídem. Párr. 906.

3 Ídem. Párr. 474.

4 Ídem. Párr. 474.

5 Ídem. Párr. 468.

6 Ídem. Párr. 907.

7 Ídem. Párr. 919.

En tercer lugar, la SA reiteró su posición de que la responsabilidad a través de una ECC se aplica también para los casos de liderazgo, incluso en los eventos en donde los crímenes sean materialmente perpetrados por quienes no son miembros de la ECC. Según la SA, todos los miembros de una ECC son responsables por un crimen cometido materialmente por un no-miembro, si se logra demostrar que al menos uno de los miembros de la ECC utilizó al autor material, en ejecución del plan común, para cometer el crimen⁸.

En consecuencia, para la SA, la atribución de responsabilidad penal a través de una ECC por crímenes cometidos por no-miembros exige establecer: (i) la comisión de los crímenes que se alegan; (ii) el autor o los autores materiales de los crímenes; (iii) que el crimen en cuestión encuadra en el plan criminal común de la ECC; y (iv) que al menos un miembro de la ECC utilizó al autor material para que realizará los elementos objetivos del crimen en virtud del plan criminal común⁹.

Finalmente, la SA subrayó que cuando los no-miembros realizan los elementos objetivos de crímenes que se encuentran por fuera del plan criminal común, estos últimos pueden ser imputados a los miembros de la ECC, siempre y cuando su ocurrencia fuese una consecuencia natural y previsible. En tales circunstancias, los miembros de la ECC incurrirían en responsabilidad en virtud de la tercera categoría de ECC¹⁰.

8 Ídem. Párr. 165.

9 Ídem. Párr. 171.

10 Ídem. Párr. 912.

B. Corte Internacional de Justicia: caso relativo a la aplicación de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Croacia contra Serbia)

Decisión de fondo 3 de febrero de 2015

Gretta Natalia Hernández

Introducción

En julio de 1999, el Gobierno de la República de Croacia presentó una demanda contra la República Federativa Socialista de Yugoslavia (RFSY) con respecto a una controversia relativa a presuntas violaciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio 1948 (Convención del Genocidio o Convención). Croacia alegó como base de la competencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la cláusula jurisdiccional contenida en el Artículo IX de la referida Convención.

En la demanda, Croacia solicitó a la Corte juzgar y declarar que la RFSY: (i) incumplió con sus obligaciones legales respecto al pueblo croata bajo los artículos I, II(a), II(b), II(c), II(d), III(a), III(b), III(d), IV y V de la Convención sobre el Genocidio; (ii) incurrió en la obligación de pagar en una suma que determine la CIJ por concepto de los daños a personas, bienes, así como a la economía y al medioambiente croata, causados por las supuestas violaciones al derecho internacional referidas en la primera pretensión.

Serbia¹ contrademandó a Croacia, solicitando a la Corte Internacional de Justicia juzgar y declarar: (i) la inadmisibilidad de las peticiones de Croacia en la medida en que se refieren a los actos u omisiones que tuvieron lugar antes del 27 de abril

1 El 5 de febrero de 2003, la República Federativa de Yugoslavia informó a la Corte que su nombre había cambiado a Serbia y Montenegro. Sin embargo, el 3 de junio de 2006 se dio aviso de la declaración de independencia de Montenegro, manteniendo Serbia el carácter de demandado como Estado sucesor, tal como se indicó en el fallo de excepciones preliminares.

de 1992, es decir, con anterioridad a la fecha en que Serbia existiera como Estado o, alternativamente, antes del 8 de octubre de 1991, cuando ni la República de Croacia ni la República de Serbia existían como Estados independientes²; (Croacia v. Serbia, 2008, p. 120) (ii) la improcedencia de las peticiones de la República de Croacia por carecer de todo fundamento fáctico y de derecho; (iii) la responsabilidad de Croacia por las violaciones a la Convención, tomando en cuenta los hechos que tuvieron lugar en 1995 bajo la Operación Tormenta en *la Republika Srpska Krajina* (Krajina).

Competencia y admisibilidad

La Corte procede a analizar lo relacionado a la primera petición de Serbia, determinando la competencia y admisibilidad respecto a los actos presuntamente constitutivos de violaciones al derecho internacional, posteriores al 27 de abril de 1992. Sin embargo, el criterio *ratione temporis* de la Corte, respecto a la competencia y admisibilidad de los hechos anteriores a esta fecha, sigue siendo objeto de disputa.

Para la CIJ, las controversias sometidas a su conocimiento bajo el artículo IX de la Convención se encuentran limitadas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, pudiendo avocar conocimiento incluso, de las disputas que consagren responsabilidad de un Estado por genocidio o por cualquiera de los actos consagrados en el artículo III de la Convención de Genocidio³.

Sin embargo, la Corte subrayó que el artículo IX de la Convención, no le atribuye competencia sobre las presuntas violaciones de otras obligaciones y normas perentorias que ostenten el carácter de *erga omnes* que protegen los derechos humanos o tienen un contenido humanitario, incluso aún cuando tenga ciertos puntos de convergencia con el delito de genocidio⁴.

Concluye la Corte que para poder aducir jurisdicción sobre eventos previos a abril de 1992, el demandante deberá probar que su disputa con Serbia es un problema

2 Durante el fallo de excepciones preliminares, la CIJ estableció que la segunda objeción alegada por Serbia, respecto a la competencia *ratione temporis* de la Corte, no tenía un carácter exclusivamente preliminar y sería abordada en los méritos.

3 “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.” (Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, 1951, artículo IX)

4 “La Corte no tiene poder para pronunciarse sobre supuestas infracciones de otras obligaciones en virtud del derecho internacional, que no equivalgan a un genocidio, en particular aquellas que protegen los derechos humanos en el conflicto armado. Eso es, lo que incluso refiere las presuntas infracciones de las obligaciones perentorias, o de las obligaciones que protegen los derechos humanos esenciales, y que ostentan un carácter *erga omnes*” (Traducción no oficial). (*Croacia v. Serbia*, 2015, p. 85)

derivado de la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, más allá del espacio temporal en el que tuvo lugar la comisión de los hechos.

Cuestión jurídica y normas aplicables al caso

La CIJ consideró que las cuestiones jurídicas a resolver en este caso serían: (i) si los actos alegados por Croacia y Serbia se llevaron a cabo; y, en caso afirmativo, si estos fueron contrarios a la Convención; (ii) si dichos actos eran atribuibles a la RFSY o a Croacia, respectivamente, al momento de su causación y si por consiguiente comprometen la responsabilidad del Estado; y (iii) si, en el caso particular de los hechos alegados por Croacia, la República de Yugoslavia, y posteriormente Serbia, heredó la responsabilidad internacional derivada de tales actos.

En cuanto a las normas jurídicas aplicables, la CIJ reconoció como principal fuente la Convención para la prevención y Sanción del Crimen de Genocidio. Así mismo, consideró como aplicables al caso otras normas de interpretación de los tratados y los artículos sobre responsabilidad estatal⁵, incluyendo los hallazgos ‘altamente persuasivos’ del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y que cobraron especial relevancia en materia de prueba del elemento subjetivo del genocidio⁶.

Consideraciones de fondo

La CIJ procedió a determinar si para el caso en concreto se dieron los supuestos de hecho consagrados en el artículo II de la Convención, con base en la definición que del delito de genocidio se hace en esta disposición. Para ello, distinguió entre los elementos subjetivos o *means rea* y los elementos objetivos o *actus reus* de este crimen.

Cuestiones relativas al elemento objetivo del genocidio

Elementos generales

Para el presente caso, la Corte hace referencia como *actus reus*, a los literales (a), (b), (c) y (d) del Artículo II de la Convención de Genocidio, excluyendo el literal (e) al no ser alegado por las partes.

El análisis del *actus reus* respecto a la demanda de Croacia

Respecto al *actus reus*, la CIJ consideró que se encontraban probados los supuestos de hecho contenidos en el artículo II (a) y (b) de la Convención (matanza y daños físicos o psicológicos graves), como consecuencia de las actividades desplegadas por

5 Comisión de Derecho Internacional, Proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001.

6 (*Croacia v. Serbia*, 2015, pp. 181-189)

las fuerzas serbias y el Ejército Popular Yugoslavo (EPY) contra el grupo protegido (croatas en Vukovar y regiones aledañas).

Sin embargo, respecto al sometimiento intencional a condiciones de existencia que acarreen la destrucción física, total o parcial de los croatas en Vukovar y regiones aledañas, así como respecto a las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de este grupo consagradas en el artículo II (c) y (d) de la Convención, consideró que no se ha configurado el *actus reus* del genocidio.

En este sentido, estimó que Croacia no había podido probar que los hechos presuntamente cometidos por el EPY y las fuerzas serbias contra los miembros del grupo nacional croata establecidos en las regiones de Eslavonia, Banovina/Banjia, Kordun, Lika y Dalmacia (violaciones y actos sexuales; la privación de alimentos; la privación de cuidado médico; la expulsión sistemática y el desplazamiento forzado del grupo protegido; el uso forzado de insignias de etnicidad; la destrucción o saqueo del patrimonio cultural y el trabajo forzado) habían sido cometidos en una forma y escala que implique la destrucción total o parcial del grupo. Igualmente, Croacia tampoco había demostrado que los actos sexuales cometidos en contra de la población se habían dado con el fin de impedir los nacimientos dentro del grupo protegido.

El análisis del *actus reus* respecto a la contrademanda de Serbia

La CIJ revisó los alegatos de Serbia respecto a la violación de las obligaciones consagradas en la Convención de Genocidio contra el grupo étnico serbio durante y después de la Operación Tormenta⁷. Con base en varias decisiones del TPIY, concluyó que en términos generales no era posible afirmar que hubo alguna selección en razón a la pertenecía al grupo de los civiles serbios contra los cuales se desplegaron los presuntos actos constitutivos de genocidio en Krajina. Empero, la Corte afirmó que se desplegaron algunas actividades durante la Operación Tormenta a cargo de las autoridades y de la policía croata que podían subsumirse en los supuestos del artículo II (a) y (b) de la Convención, constituyendo el *actus reus* del genocidio.

Cuestiones relativas al elemento subjetivo del genocidio

Elementos generales

Al analizar los elementos subjetivos del delito de genocidio, la CIJ hizo particular referencia a que el genocidio es un delito de *dolus specialis*, que exige la intención

7 La Operación Tormenta se refiere a un movimiento militar de gran escala desplegado por las fuerzas croatas en agosto de 1995, cuyo objetivo era la recuperación del control militar en la zona de Krajina y la expulsión de los serbios que habitaban dicho territorio. CIJ (2008). *Croacia v. Serbia*. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio Sentencia del 3 de febrero de 2015, p. 152

específica de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Con respecto al *dolus specialis* del genocidio, la CIJ analizó las siguientes cuestiones: (i) el significado y alcance de la destrucción de un grupo; (ii) el significado de la destrucción parcial; y (iii) la prueba del *dolus specialis*. En cuanto al primero, se refirió a la destrucción del grupo protegido bajo: (a) la destrucción física o biológica del grupo y (b) la escala de destrucción del grupo⁸.

En cuanto al segundo punto, esto es, para determinar la parcialidad de la destrucción, afirmó que deben tomarse en cuenta, varios criterios, a saber: (i) un elemento cuantitativo o numérico que pruebe una destrucción sustancial del grupo; (ii) evidencia respecto a la locación geográfica del grupo protegido; y (iii) la prominencia de la parte destruida del grupo.

Finalmente, en cuanto al tercer punto, esto es la evidencia o prueba del *dolus specialis*, la Corte afirma que es posible determinar este elemento a partir de prueba indirecta siempre que no exista un plan estatal que exprese la intención de destruir total o parcialmente el grupo afectado. Esta prueba indirecta debe consistir en una inferencia que se realiza a partir de la conducta de los perpetradores de los actos. En todo caso, cualquier inferencia que se realice de un patrón de conducta debe ser la única que razonablemente se puede extraer de los hechos en cuestión⁹.

El análisis del *dolus specialis* respecto a la demanda de Croacia

La CIJ afirmó que para determinar la existencia del *means rea* a partir de la prueba indirecta, era necesario establecer si: (i) existieron o no patrones de conducta en el actuar de las autoridades serbias y si (ii) dichos patrones de conducta permiten afirmar que la única inferencia razonable era la intención de las autoridades serbias de destruir total o parcialmente a los croatas establecidos en las regiones de Eslovenia, Banovina/Banjia, Kordun, Lika y Dalmacia.

8 En cuanto a la escala, la Corte encuentra que siempre que se presente una dificultad para encontrar prueba directa del intento de cometer el crimen, se tendrá en cuenta la escala como evidencia de los actos que tuvieron lugar, siempre que reflejen no solo un intento de destruir a ciertos individuos, sino la destrucción de los miembros del grupo por la pertenencia a dicho grupo. CIJ (2008). *Croacia v. Serbia*. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio Sentencia del 3 de febrero de 2015, p. 139.

9 CIJ (2015). *Croacia vs. Serbia*. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Sentencia del 3 de febrero, p. 148.

Frente al primer aspecto, Croacia alegó que a través de la identificación de 17 factores¹⁰, se puede establecer un *modus operandi* similar que revela la intención de cometer genocidio en las autoridades serbias. La CIJ, apoyándose en la evidencia y análisis otorgado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) para los casos Mrkšić et al y Martić¹¹ encontró la existencia de un patrón de conducta en el actuar de las actividades serbias.

Sin embargo, en el segundo aspecto subrayó que para poder derivar del patrón de conducta una inferencia razonable que permita probar el elemento subjetivo especial, era necesario examinar los alegatos de Croacia respecto al contexto y la oportunidad en el cual se llevó a cabo el *actus reus*.

Contexto

La Corte analizó el contexto en que se dieron los hechos afirmando que, a partir de las conclusiones del TPIY, el *actus reus* en este caso, no se llevó a cabo con la intención de destruir a los croatas, sino de forzarlos a dejar el territorio en aras de que se pudiera dar un Estado denominado por el ideal nacionalista serbio como la ‘Gran Serbia’. En consecuencia, concluyó que el EPY y las fuerzas serbias causaron sufrimiento a los croatas en su condición de enemigos, en términos militares y no por su condición de miembros del grupo protegido.

Oportunidad

En este punto, la CIJ examinó la oportunidad que tuvo el EPY y las fuerzas militares serbias para destruir total o parcialmente el grupo protegido. Al respecto, afirmó que a partir del desplazamiento forzado masivo se puede llegar a demostrar la intención de los serbios de destruir el grupo. Sin embargo, para la CIJ Croacia falló en demostrar la configuración del *actus reus* de genocidio consagrado en el artículo II (c) de la Convención, haciéndose imposible derivar del acto, la intención de destrucción del

10 Dentro de estos factores, se encuentran entre los más importantes: (i) la doctrina expansionista serbia, (ii) las declaraciones de funcionarios públicos incluyendo propaganda de los medios de comunicación del Estado en contra del pueblo croata, (iii) el hecho de que el patrón de conducta que recae sobre el grupo croata supera con creces cualquier objetivo militar legítimo necesario para asegurar el control de las regiones afectadas, (iv) videos donde se pone de manifiesto la intención genocida de las personas que llevaron a cabo los ataques, (v) el hecho de que las personas que pertenecían a la etnia croata fueran constantemente seleccionadas para el ataque, mientras que los serbios locales fueran excluidos, entre muchos otros. (*Croacia v. Serbia*, 2015, p. 408).

11 *Mrksic*, Fallo de Primera Instancia, Testimonio del Embajador Kypr de la misión Europea de Observación, p. 43 (Corte Internacional de Justicia, “Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”, (Croacia contra Serbia), sentencia del 3 de febrero de 2015, p. 414). *Martic*, Fallo de Primera Instancia, p. 427 (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (*Croacia v. Serbia*, 2015, p. 414).

grupo¹². Por tanto para la Corte, el efecto esperado por la política serbia de desplazar forzosamente a los croatas, no era otro que configurar el ideal nacional a través de medios militares y por tanto, no implicaba una intención de destruir total o parcialmente el grupo protegido¹³.

El análisis del *dolus specialis* respecto a la contrademanda de Serbia

En su contrademanda, Serbia pretendía probar la intención de destruir el grupo, a través de prueba directa, consistente en la transcripción de una reunión que sostuvieron los líderes croatas en Brioni el 31 de julio de 1995¹⁴. De forma subsidiaria, alegó como prueba indirecta el establecimiento de un patrón de conducta que permitía realizar una inferencia razonable de que los actos presuntamente constitutivos de genocidio se cometieron con la intención de destruir total o parcialmente el grupo serbio de la región de Krajina.

Dicho patrón de conducta se refería, en particular, a una serie de operaciones militares llevadas a cabo por parte de Croacia de 1992 a 1995, durante las cuales las fuerzas croatas supuestamente cometieron crímenes de guerra y graves violaciones de los derechos humanos contra los serbios en Croacia. Para Serbia, este período se caracterizó por una política de discriminación sistemática contra los serbios, que culminó en la Operación Tormenta.

Sin embargo, la Corte derivó del análisis de las transcripciones de Brioni, que se trataba realmente de la organización de un plan militar ejecutado contra la población serbia de Krajina, sin que esto implicase un ataque con la intención de destruir al grupo. Igualmente para la CIJ, Serbia no logró establecer un *modus operandi* similar dentro del actuar de las autoridades croatas en la Operación Tormenta, a partir del cual se pudiera establecer un patrón de conducta. Como consecuencia, para la CIJ no se configuró el elemento subjetivo requerido por el delito de genocidio.

Conclusión

La Corte desestima de esta forma las peticiones y pretensiones expuestas en la demanda de Croacia y la contrademanda de Serbia, respondiendo de manera negativa a la pregunta relativa a si los actos alegados por las partes tuvieron efectivamente lugar, y, si fueron contrarios a la Convención del Genocidio. Por tanto, no encuentra

12 CIJ (2015). *Croacia vs. Serbia*. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Sentencia del 3 de febrero, p. 440.

13 CIJ (2015). *Croacia vs. Serbia*. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Sentencia del 3 de febrero, p. 435

14 CIJ (2015). *Croacia vs. Serbia*. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Sentencia del 3 de febrero, p. 500.

probada la responsabilidad internacional de ninguno de los Estados relacionados en la demanda y contrademanda.

Referencias

CDI (2001). Proyecto sobre responsabilidad internacional del estado por hechos internacionalmente ilícitos.

CIJ (2008). *Croacia v. Serbia*. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio Sentencia del 18 de noviembre.

CIJ (2015). *Croacia vs. Serbia*. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Sentencia del 3 de febrero.

Comisión de Derecho Internacional (2001). Proyecto sobre responsabilidad internacional del estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1951).

SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

OLASOLO ALONSO, HÉCTOR. *Introducción al derecho internacional penal*. México D.F., Tirant lo blanch, Universidad del Rosario & Instituto Ibero-americano de La Haya para la paz, los derechos humanos y la justicia internacional, 2014, ISBN: 978-84-9086-261-2, 266 páginas.

Constanza Núñez Donald

Reseña bibliográfica

OLASOLO ALONSO, Héctor. *Introducción al Derecho internacional penal*. México D.F., Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario & Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, 2014, ISBN: 978-84-9086-261-2, 266 páginas.

Constanza Núñez Donald*

El libro titulado *Introducción al derecho internacional penal* recoge una colección de ensayos que el profesor Héctor Olasolo ha escrito desde su llegada a la Universidad del Rosario en 2013. El título del libro refleja la amplitud de tópicos que aborda la obra y que pretende desarrollar los principales principios del Derecho Internacional Penal (en adelante, DIP), así como sus debates más centrales y actuales. Tal como lo señala el propio autor, el libro evidencia un giro (respecto de sus trabajos anteriores) hacia un análisis “más conceptual e interdisciplinario del fundamento y función del Derecho Internacional Penal” (Olasolo, 2014, p. 21).

El libro está dividido en seis capítulos y cada uno constituye un ensayo del autor. El primer ensayo, titulado *Dignidad Humana, Derecho Internacional Penal y Justicia Transicional* trata el nacimiento del DIP tras la segunda guerra mundial. El texto es una reseña histórica de su génesis normativa y jurisprudencial, pero también de sus fundamentos en la idea de dignidad humana. Destaca especialmente el desarrollo que realiza el autor en orden a relacionar el nacimiento del DIP de manera conjunta con el derecho internacional de los derechos humanos. Se pone de relieve que a la vez que nace un cuerpo normativo dirigido a los Estados que establece obligaciones y, de manera correlativa derechos para las personas; conjuntamente se desarrolla la idea de la persona humana como sujeto de obligaciones en el ordenamiento jurídico internacional y cuya infracción la hace incurrir en responsabilidad penal.

El autor advierte que, pese a los esfuerzos de la comunidad internacional, esta ‘ola’ de desarrollo del DIP sufre un estancamiento en la Guerra Fría (explicando los factores que contribuyen a este fenómeno), y se vuelve a retomar con la creación de Tribunales Penales Internacionales en algunos países y la aprobación del Estatuto

* Asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de la Universidad de Chile, académica instructora de la misma Facultad.

de Roma que crea la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) a fines de la década del noventa e inicios del siglo XXI. Olasolo finaliza su recorrido histórico poniendo de relieve la incidencia del DIP en los procesos de paz actualmente en marcha, ya que este vendría a cuestionar las tradicionales demandas de exención de responsabilidad que se dan en contextos de justicia transicional.

El segundo ensayo, es una clara continuación de la idea que se esboza hacia el final del ensayo anterior. Se titula *El principio no hay paz sin justicia como principio rector del tratamiento del fenómeno de lesa humanidad por el Derecho Internacional y su impacto en los procesos de paz: particular atención al caso colombiano*, donde Olasolo desarrolla una postura crítica en torno a los postulados que cuestionan la aplicación plena del principio “no hay paz sin justicia” en contextos de conflicto armado internacional o de disturbios internos que no alcanzan el umbral de conflicto armado. Para ello, aclara que por justicia, debe entenderse no solo el derecho de las víctimas a la verdad y reparación, sino también la declaración y ejecución de responsabilidad penal derivada del fenómeno de lesa humanidad. Indica que el principio se ha constituido en una norma de *ius cogens* y, por ello, las amnistías u otras formas de exención de responsabilidad penal violan hoy en día normas fundamentales del Derecho Internacional.

Desde esta perspectiva, el autor analiza el rol que juega este principio en las actuales negociaciones de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC, e indica que la CPI y la mantención de su examen preliminar en Colombia, contribuyen a la vigencia del principio, ya que exigen que el “Marco Jurídico para la Paz” se ajuste a los parámetros establecidos en el orden jurídico internacional. En este sentido, Olasolo adopta una postura firme en un debate que está lejos de ser zanjado, aportando una visión desde el DIP y los derechos humanos, contribuyendo a definir los límites de la justicia transicional.

El tercer ensayo de Olasolo, titulado *El principio nullum crimen sine iure en el Derecho Internacional contemporáneo*, analiza la evolución y el contenido del principio *nullum crimen sine iure*, poniendo especial énfasis en su desarrollo jurisprudencial en los sistemas europeo, internacional, interamericano y en los tribunales internacionales penales. El autor entiende que el principio forma parte del derecho internacional general en un doble ámbito: como costumbre internacional de aplicación general y como principio general del derecho. Destaca el estudio del principio en el contexto de sistemas normativos diversos, puesto que el autor compara su contenido en países de tradición anglosajona y romano-germánica (y el impacto de estas tradiciones en las interpretaciones del principio por parte de los tribunales internacionales). Particularmente, respecto del sistema interamericano, el autor advierte que

la exclusión de los requisitos de previsibilidad y adaptabilidad y su reemplazo por los requisitos de ley previa y escrita, conlleva el peligro de incurrir en una violación grave del principio de interpretación *pro homine* respecto de víctimas de delitos de lesa humanidad y que buscan justicia en la región americana. Dicho estándar, también adoptado por la CPI, no tendría dificultades en dicha sede, en atención a la tipificación de los crímenes en el Estatuto de Roma. Si bien el autor hace mención al contexto en que la Corte IDH desarrolla su doctrina, llama la atención que no se profundice en este, pues es precisamente el contexto lo que explica y da fundamento al alejamiento de la Corte IDH del estándar europeo y universal.

El ensayo sucesivo aborda otro aspecto altamente debatido en la doctrina penal internacional: las distintas formas de responsabilidad penal. El ensayo se titula *Las distintas formas de responsabilidad en el artículo 25 (3) (a) ER: autoría material, autoría mediata, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata*. La aproximación del autor a las diferentes formas de responsabilidad, es innovadora en el sentido de que, además de caracterizarlas desde la normativa y jurisprudencia, busca explicar su origen en el contexto del DIP y su finalidad preventiva. El autor expone cómo los conceptos de coautoría mediante dominio de la organización y la empresa criminal común, nacen en el seno de los sistemas penales nacionales y se desarrollan en el contexto del DIP recogiendo formas de responsabilidad criminal que reflejan adecuadamente la función central que desempeñan los/as dirigentes en el diseño y desarrollo de campañas de violencia.

El penúltimo ensayo se titula *Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho Internacional Penal del Estatuto de Roma*. En este ensayo Olasolo resalta los usos que la CPI le ha dado a la jurisprudencia de la Corte IDH, principalmente a lo referido a la participación de las víctimas en los procedimientos y su reparación.

En esta materia, el autor hace un balance positivo, principalmente en lo referido al acceso y participación de las víctimas en la CPI, destacando que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido utilizada para determinar si estas deben participar en las fases preliminares de los casos. Asimismo, respecto de la reparación, el autor resalta la decisión en el caso de Thomas Lubanga, donde la determinación de los conceptos de familia, reparaciones colectivas y de rubros de indemnización, se extrae del sistema interamericano.

El ensayo resulta claro y contundente acerca de la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en la CPI. El trabajo de investigación y de recopilación de jurisprudencia resulta excepcional y muy útil para quienes trabajan en ambas sedes

internacionales. Pese a ello, no se logra evidenciar el ‘diálogo’ entre las Cortes, en la medida que solo se exhibe la influencia de la Corte IDH hacia la CPI. El proceso inverso esperemos sea objeto de próximos estudios del autor.

Para finalizar el libro, Olasolo expone la experiencia de la clínica jurídica de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Universidad del Rosario, en el epílogo titulado *La propuesta pedagógica de la clínica jurídica de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Universidad del Rosario: la formación integral del ser humano como un todo*. El ensayo, desarrolla una ponencia presentada en el Encuentro de la Red Iberoamericana de Clínicas de Interés Público en 2014, y cuestiona de manera crítica el modelo de educación superior y su capacidad de formar profesionales integrales y conscientes de la necesidad de trabajar por una sociedad más libre, justa y solidaria. En ese sentido, posiciona la labor de la Clínica Jurídica de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Universidad del Rosario como una forma de dar respuesta a esa crítica. De esta forma, destaca como pilares de la formación pedagógica de la Clínica Jurídica: i) la formación integral del pensamiento crítico y ii) la formación integral del inconsciente.

En un primer momento pareciera que este texto no es coherente en el contexto del libro que se nos presenta. Sin embargo, a medida que se avanza en su lectura, se pone de manifiesto que este ensayo constituye un excelente final para una obra que cuestiona e indaga en los principios del DIP. La formación de abogados/as con un sentido crítico y consciente de las finalidades de la protección internacional de los derechos humanos y del DIP es vital para la efectiva vigencia de estos principios y su realización.

En general el libro resulta interesante y su lectura es sencilla, amigable y dinámica. Destaco, en particular, la aproximación que realiza el autor a desarrollar los temas del DIP desde una perspectiva global y que apunta a sus fundamentos más allá de la técnica legislativa. Esta perspectiva es útil en los tiempos actuales ya que permite entrar a los debates más profundos del DIP, que cuestionan su eficacia y función en el contexto global. En efecto, la revisión y exposición de los fundamentos del DIP otorga bases contundentes para orientar el debate acerca de las estrategias para el desarrollo de una política criminal internacional que sea coherente con los principios que la inspiran, permitiendo coordinar esfuerzos para instar por el fortalecimiento de la justicia penal internacional.

Listado de jurados nacionales e internacionales: IV edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner

Jurado internacional

- **Elizabeth Odio Benito:** magistrada de la Corte Inter-Americana de los Derechos Humanos y magistrada de la Corte Penal Internacional (2003-2012).
- **Héctor Olasolo Alonso:** profesor titular de carrera de la Universidad del Rosario y presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya y director del ANIDIP.
- **J. Alejandro Kawabata:** asesor jurídico para el fortalecimiento institucional de la Secretaría General Iberoamericana, en representación de la SEGIB.

Jurados nacionales

En la IV edición del Certamen actuaron como miembros de los jurados nacionales las siguientes personas:

Argentina

- Carolina Anello

Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA); magíster en Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona; candidata a doctorado de la UBA; docente de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; investigadora visitante en el Instituto de Ciencias Criminales, a cargo del profesor Kai Ambos, en la Universidad George August de Göttingen, Alemania; en la actualidad, prosecretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- Eduardo D'Empaire

Abogado (UCA); especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad del Salvador, Buenos Aires; juez del Tribunal Criminal de Bahía Blanca, Argentina; profesor de pregrado (cátedras de Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos) y de posgrado (cátedras de Derecho Procesal Penal y Teoría de la Ejecución Penal) en la Universidad Nacional del Sur, y director de carrera de Especialización en la Universidad Nacional del Sur.

- Natalia M. Luterstein

Abogada (orientación en Derecho Internacional Público) de la UBA, 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, 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.

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, Santiago, y de la Universidad de Valparaíso; director del programa Derecho Advance de la Universidad Andrés Bello (Santiago).

- 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

- Juan Carlos Arias Duque

Abogado de la Universidad Santo Tomás, filósofo y psicólogo de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, especialista en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, magister en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Se ha desempeñado como docente en las universidades Santo Tomás, de Caldas, el

Rosario, Gran Colombia y Militar. En la actualidad es magistrado auxiliar de Justicia y Paz de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- Andrés Luis Fajardo Arturo

Director del Departamento de Derechos Humanos y de la Clínica de interés público de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá.

- Mauricio Vanegas Moyano

Abogado, especialista en Derecho Penal de la Université Pantheon-Assas París II, magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Université Pantheon-Assas París II, profesor de planta de la Universidad del Rosario de Bogotá.

Costa Rica

- Cynthia Chamberlain Bolaños

Letrada de Sala (Legal Officer Chambers) de la División de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional.

- Alfredo Chirino Sánchez

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Costa Rica, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Costa Rica hasta febrero de 2013.

- Gonzalo Monge Núñez

Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Costa Rica, especialidad en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ecuador

- Hernán Hormazábal Malaree

Asesor de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de la Fiscalía General de Ecuador, docente en posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, catedrático de Derecho Penal en la Universitat de Girona (1992-2011), catedrático (1991-1992) y profesor titular (1987-1991) de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Barcelona.

- Manuel Ollé Sesé

Asesor de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de la Fiscalía General de Ecuador, docente e investigador en la Universidad Andina Simón Bolívar.

- Juan Morales Ordóñez

Doctorado en Jurisprudencia y magíster en Teoría del Derecho, profesor principal de Introducción al Derecho en la Universidad Técnica Particular de Loja y exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (2005-2011).

El Salvador

- Jaime Edwin Martínez Ventura

Abogado y notario, licenciado en Ciencias Jurídicas de 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, licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, catedrático universitario en posgrados de Derechos Humanos y procurador adjunto de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

España

- Xabier Agirre Aranburu

Licenciado en Derecho de la Universidad del País Vasco; magíster en Estudios de Paz de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; analista de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de Naciones Unidas (La Haya, Países Bajos, 1997-2004); analista principal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2004-2013). Ha contribuido a diversos proyectos de investigación y formación en Colombia, Perú, Guatemala, Argentina y Honduras.

- Antoni Pigrau Solé

Licenciado y doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, profesor de la Facultad de Derecho (1982-1992), 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, 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.

- 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 Haya por su participación en los trabajos del Centre for Studies and Research in International Law and International Relations (1993), diplomado en Derecho Internacional de la Universidad de Helsinki, catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra.

Guatemala

- Carlos Abraham Calderón Paz

Profesor universitario en pregrado y postgrado en Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Internacional del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos, exfiscal y defensor público. Ha hecho investigaciones respecto a víctimas de delito, entre otras, y ha tenido actividades de acción legal ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

- Helen Beatriz Mack Chang

Presidenta de la Fundación Myrna Mack. Ha recibido múltiples premios y reconocimientos, entre los que destacan el Right Livelihood Award (Premio Nobel Alternativo de la Paz, Suecia, 1992), Premio de la Paz (Leuven, Bélgica, 1993) y el Reconocimiento del Latino Cultural Center “Rafael Cintrón Ortiz” y de la Universidad de Illinois (Chicago, 2002).

- Marvin Rabanales García

Profesor universitario en pregrado y posgrado en la Universidad de San Carlos; especialista en investigaciones y trabajos académicos sobre delitos de trata de personas, de niñez y adolescencia en el marco del conflicto armado en Guatemala.

México

- Sandra Salcedo González

Investigadora del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, México D. F.

- Gabriela Rodríguez

Directora del Programa Académico de Derecho y de la Maestría en Derechos Humanos y Garantías del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

- Patrick Zahnd

Asesor jurídico principal de la Oficina del Comité Internacional de la Cruz Roja, México.

- Deborah Ruiz Verduzco

Doctora en Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, coordinadora en La Haya de la Organización Parliamentarians for Global Action (PGA).

Panamá

- Enrique Illueca

Licenciado en Derecho de la Universidad de Panamá, magíster en Derecho de la Universidad de Columbia, magíster en Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad de Nueva York, investigador del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá (1980-1983), miembro de la Comisión Bancaria Nacional (1984), editor asociado de *Columbia Business Law Review* (1987-1988), miembro del Comité Ejecutivo de la CIAC (1990-93), y vicepresidente de la Asociación Panameña de Arbitraje (1992).

- Constantino Riquelme Ortiz

Licenciado en Relaciones Internacionales de la Universidad de Panamá; magíster en Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia; doctor en Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid, España; 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

Licenciada en Derecho de la Universidad Nacional de Asunción; especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca; magíster en Planificación y Conducción Estratégica Nacional del Instituto de Altos Estudios Estratégicos; doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Asunción; docente en la Universidad Nacional de Asunción y en la Universidad Americana, en las ramas de Derechos Humanos y Derecho Internacional; docente de la Escuela Judicial del Paraguay, y docente de posgrado en las Universidades Autónoma de Asunción, del Norte y del Pacífico, en el área de Derecho Internacional.

- Enrique Kronawetter

Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional de Asunción; posgrado en Litigio Oral en la Californian Western School of Law; coautor del anteproyecto del Código Procesal Penal, convertida en Ley N° 1286/98 y de la Ley Orgánica del Ministerio Público, convertida en Ley N° 1562/00; 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), y docente de la Escuela Judicial del Paraguay en los módulos Introducción al litigio penal oral y público.

- Ernesto Velázquez Argaña

Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Asunción, magíster en Derecho de la Universidad de Londres, certificado de Estudios Diplomáticos en la Uni-

versidad de Oxford. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Asunción, exasesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay (2003-2011), representante de la Conferencia de La Haya, delegado paraguayo en reuniones de la Corte Penal Internacional.

Perú

- Salvador Herencia Carrasco

Abogado de la Universidad de los Andes, Colombia; magíster en Derecho de la Universidad de Ottawa; exasesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas y del Tribunal Constitucional; miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios en Derecho Penal Internacional, y asesor del Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Iván Meini Méndez

Bachiller en Derecho, abogado de la Universidad Católica del Perú; doctor en Derecho Penal y ganador del Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Cádiz, España; posdoctor de la Universidad de Fribourg (Suiza); Exprocurador adjunto Anticorrupción para los casos Fujimori/Montesinos (2004); exjefe de la Unidad de Investigaciones de la Oficina Nacional Anticorrupción (2008); profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú, y consultor internacional en Derecho Penal.

- Michelle Reyes

Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú; magíster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III, España; coordinadora regional para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional; profesora de Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y profesora de Historia y Política de los Derechos Humanos en la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP.

Uruguay

- Pablo Galaín Palermo

Doctor en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca; director del Observatorio Latinoamericano en Política Penal y Reforma; profesor honorario de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide, España, e investigador en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional, Alemania.

- Gonzalo Lorenzo

Doctor de la Universidad de Bremen, Alemania; profesor adscrito de Derecho Internacional Privado de la Universidad de la República; profesor titular de De-

recho Internacional Privado en la Universidad de Montevideo; profesor adjunto de la misma materia en la Universidad de la República; miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado.

- Pedro Julio Montano

Doctor en Derecho Penal de la Universidad de Navarra, España; catedrático de Práctica Forense en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; miembro fundador de la firma de abogados Scelza & Montano; miembro de la Directiva de Escribanos de Uruguay, y presidente de la Caja Notarial.

Venezuela

- Angelina Jaffé Carbonell

Abogada *Summa cum Laude* de la Universidad Central de Venezuela; doctora en Derecho Internacional de la Universidad de París I, Pantheon-Sorbonne, y jefa del departamento de Estudios Internacionales de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana.

- Pablo Leonte Han-Chen

Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Venezuela; magíster *Scientiarium* en Ciencias Penales y Criminológicas; doctor en Derecho; profesor titular de Derecho Penal en pregrado y posgrado de la Universidad del Zulia, y investigador adscrito al Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia.

- Juan Luis Modolell González

Abogado de la Universidad Andrés Hurtado, Chile; doctor en Derecho sobresaliente *cum laude* de la Universidad de Barcelona, España; estancia posdoctoral en Albert Ludwig Universitat de Freiburg, Alemania, y 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 iberoamericana los resultados de las investigaciones en el área de Derecho Internacional Penal, seleccionadas para publicación por los jurados nacionales e internacionales del Certamen de ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal. En cada edición, los trabajos irán acompañados por uno o varios artículos inéditos de investigación elaborados por candidatos a doctorado, profesores universitarios o profesionales con diez años de experiencia profesional, que serán seleccionados mediante convocatoria pública tras un proceso de evaluación por pares anónimos.

Con ello, el *Anuario Iberoamericano* pretende promover la investigación, desde los distintos aspectos de las Humanidades y las Ciencias Sociales, sobre la justicia internacional penal. Así mismo, se dirige a estimular el conocimiento interdisciplinar, el debate doctrinal multidimensional y la aplicación del Derecho Internacional Penal en los países iberoamericanos, así como dar a conocer la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales —en particular, de la Corte Penal Internacional— y los órganos judiciales nacionales con competencia sobre crímenes internacionales.

Procedimiento para el envío, la revisión y la selección de trabajos

Existen dos procedimientos para el envío, la revisión y la selección de trabajos de investigación a efectos de su publicación en el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*: i) ensayos presentados al Certamen de ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, y ii) trabajos de investigación elaborados por candidatos al doctorado, profesores universitarios y profesionales con diez años de experiencia profesional.

Procedimiento con respecto a los ensayos 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 iberoamericano 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 Coalición por la Corte Penal Internacional (CICC), la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia) y la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos) y la editorial Tirant lo Blanch.

En el Certamen de ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner pueden participar quienes, en el momento de vencimiento del plazo para la presentación de los ensayos, hubieran obtenido el título de licenciatura o grado (en Derecho o en otra materia relacionada con la justicia internacional penal) o hubieran completado con éxito todas las materias necesarias para la obtención de dicho título. La extensión máxima de los ensayos, que deberán ser inéditos, será de veinte páginas, a espacio y medio, letra Times New Roman, tamaño de doce puntos, márgenes superior e inferior de 3,0 cm y derecho e izquierdo de 2,5 cm.

Los ensayos deberán presentarse en castellano o portugués y deberán seguir las reglas de estilo que se recogen en el presente documento y que corresponden a las indicadas en la convocatoria del Certamen de ensayos.

Cada año, en la página web del IIH (Iberoamericaninstituteofthehague.org), se publicará a principios del mes de octubre la convocatoria pública de la edición correspondiente al Certamen de ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, en la que se establecerán las bases y los procedimientos para dicha edición.

Procedimiento con respecto a los artículos de autores de reconocido prestigio y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal

En la sección de convocatorias del *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* se encuentra la *Convocatoria Pública Continua* para la presentación de artículos inéditos de investigación elaborados por candidatos al doctorado, profesores universitarios o profesionales con diez años de experiencia profesional. En la misma se especifica el formato que han de tener los artículos, así como el procedimiento de envío y evaluación anónima por dos pares académicos.

Su extensión máxima será de veinte páginas, a espacio y medio, letra Times New Roman, tamaño de doce puntos, márgenes superior e inferior de 3,0 cm y derecho e izquierdo de 2,5 cm. Los artículos, que deberán ser inéditos, podrán ser presentados en cualquier momento del año, enviándolos en versión electrónica (documento de Word) al correo electrónico: info@iberoamericaninstituteofthehague.org

El contenido completo de la *Convocatoria Pública Continua* se puede encontrar en:

<http://www.iberoinstituteofthehague.org/attachments/article/186/Convocatoria%20Publica%20Continua%20para%20Articulos%20de%20Investigaci%C3%B3n%20ANIDIP.pdf>

Normas de estilo y abreviaturas

El *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* utiliza las normas de estilo y abreviaturas que pueden encontrarse en la correspondiente Convocatoria Pública del Certamen de ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner y en la *Convocatoria Pública Continua* para la presentación de artículos de investigación.

Normas de estilo

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: 1,5

Jerarquía de titulación:

- Se utilizará la siguiente jerarquía de titulación:
 - 1. Título 1
 - 1.1. Subtítulo 1
 - 1.1.1. Subtítulo 2
 - 2. Título 2

Normas de citación

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://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/es/actividades/certamen-de-ensayos-blattmann-odio-benito-y-steiner>

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 Dissertations 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. & García, 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>

Autorización para publicación

Señores

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Tirant Lo Blanch e Instituto Iberoamericano 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 de 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.