

TEMAS SELECTOS

DIRECTORIO

ARTURO CHÁVEZ CHÁVEZ
Procurador General de la República
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del INACIPE

GERARDO LAVEAGA
Director General
del Instituto Nacional de Ciencias Penales

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA
Secretario General Académico

RAFAEL RUIZ MENA
Secretario General de Profesionalización y Extensión

SANTIAGO CÓRDOBA GARCÍA
Director de Publicaciones

HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO

ESTUDIOS DE DERECHO
PENAL INTERNACIONAL



INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

Primera edición, 2010

Edición y distribución a cargo del
Instituto Nacional de Ciencias Penales
www.inacipe.gob.mx
publicaciones@inacipe.gob.mx

Se prohíbe la reproducción parcial o total, sin importar el medio,
de cualquier capítulo o información de esta obra,
sin previa y expresa autorización del
Instituto Nacional de Ciencias Penales,
titular de todos los derechos.

D. R. © 2010 Instituto Nacional de Ciencias Penales
Magisterio Nacional 113, Tlalpan
14000 México, D. F.

ISBN

Diseño de portada: *Victor Hugo Garrido Soto*

Impreso en México • *Printed in Mexico*

Las opiniones que se expresan en esta obra son
responsabilidad de Héctor Olásolo Alonso, y no
corresponden necesariamente a las de la Corte Penal
Internacional, las de los tribunales para la Antigua
Yugoslavia y para Ruanda, las de la Organización de
las Naciones Unidas o las del gobierno español

CONTENIDO

<i>Prólogo, por Mauro Polito</i>	11
<i>Introducción, por Gerardo Laveaga</i>	15

RELACIÓN ENTRE JURISDICCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

<i>De los riesgos y de las precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación nacional de las penas como objeto del análisis de admisibilidad</i>	19
Primera aproximación al principio de complementariedad	19
La determinación nacional de las penas como objeto del análisis de admisibilidad	23
La determinación legislativa de las penas como objeto del análisis de admisibilidad	27
Determinación <i>a priori</i> de la pena aplicable a un delito concreto, 27; Variación del grado de la pena dependiendo del tipo subjetivo, 35; Variación del grado de la pena dependiendo de la participación a título de autor o de partícipe en la comisión del delito, 43; Variación del grado de la pena dependiendo de la tentativa o consumación del delito, 47; El concurso de delitos, 49; La determinación judicial de las penas como objeto del análisis de admisibilidad, 50.	
La irrelevancia de la determinación ejecutiva de las penas a los efectos del análisis de admisibilidad	52
<i>Adendum</i> . El distinto enfoque en el estudio de la determinación nacional de las penas en los análisis de admisibilidad de situaciones y de casos.	56

CUESTIONES SUSTANTIVAS

<i>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</i>		61
Introducción		61
El principio <i>nullum crimen sine lege</i> en el estatuto de los tribunales <i>ad hoc</i>		63
El principio <i>nullum crimen sine lege</i> en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional		68
Conclusión		72
 <i>El desarrollo de la coautoría mediata en el Derecho Penal Internacional</i>		75
Introducción		75
La adopción por el Estatuto de Roma de un modelo dualista de autoría y participación caracterizado por un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho		79
De la superación de las limitaciones presentadas por el codominio funcional del hecho y la autoría mediata por medio de la aplicación de la coautoría mediata		95
Circunstancias particulares en las que el codominio funcional del hecho fue aplicado en el caso Lubanga, 95; El caso Bemba: entre autoría mediata y coautoría mediata, 101; El desarrollo del concepto de coautoría mediata en el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, 103; El concepto de coautoría mediata basado sobre la teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia de los tribunales <i>ad hoc</i> : el caso Stakic, 108.		
Conclusión		112
 <i>Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal Internacional</i>		113
Introducción		113
Elementos objetivos de la doctrina de la empresa criminal común		116
Pluralidad de personas, plan común y delitos integrales y previsibles, 116; Contribución a la ejecución del plan común, 120.		

Elementos subjetivos de la doctrina de la empresa criminal común	122
Variante básica de la ECC, 122; Variante sistémica de la ECC, 126; Variante amplia de la ECC, 127.	

Conclusión	132
----------------------	-----

LA POSICIÓN PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS
EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

<i>La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional</i>	137
Introducción	137
La distinción entre víctimas de la situación y víctimas del caso . .	140
La posición procesal de las víctimas de la situación en el proceso de activación.	144
El acceso de las víctimas de la situación a la Corte durante el proceso de activación	153
Conclusión	157

<i>Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición de las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional</i>	159
Introducción	159
Definición de víctima: ¿víctimas de la situación <i>versus</i> víctimas del caso?	163
Sistematicidad <i>versus</i> casuismo en el sistema de intervención de las víctimas en las actuaciones penales ante la Corte Penal Internacional: ¿es posible hablar de un estatuto procesal de víctima?	174
Procedimiento de aplicación <i>versus</i> procedimiento para la determinación de las modalidades de participación.	184
Conclusión	193

PRÓLOGO

Es para mí una satisfacción escribir el prólogo a esta breve compilación de los numerosos ensayos que el profesor Héctor Olásolo Alonso ha escrito sobre la parte general, la parte especial, la política criminal y diversos aspectos procesales del Derecho Penal Internacional.

Conocí al profesor Héctor Olásolo en el verano de 2004, en La Haya, Holanda, cuando se desempeñaba como magistrado de la Corte Penal Internacional (Corte), tras haber sido elegido para este cargo a comienzos de febrero de 2003. Por aquel entonces, el profesor Olásolo, que desde el verano de 2002 era miembro de la Asesoría Jurídica y de la Sección de Apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), se incorporó a la Corte en calidad de letrado de Sala.

Antes de que ingresara a dicho Tribunal, el profesor Olásolo había ejercido en Nueva York como asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, entre 1999 y 2002, y se había doctorado *Cum Laude* y recibido el Premio Extraordinario de doctorado por la Universidad de Salamanca; además fue nombrado *Kent Scholar* al finalizar su maestría en la Universidad de Columbia y publicó con la editorial Tirant lo Blanch y la Cruz Roja Española su libro *Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar?*

Desde nuestro primer encuentro, mi impresión sobre la labor del profesor Olásolo dentro y fuera de la Corte, me ha parecido relevante, y como dicho desempeño no podía pasar inadvertido, la prestigiosa Universidad de Utrecht lo nombró hace algunos meses catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal Internacional.

Pero vayamos por partes. Dentro de la Corte, el profesor Olásolo ha realizado funciones como letrado único de la magistrada brasileña Sylvia Steiner, con la que, además de mantener una excelente relación profesional, me une una profunda relación de amistad.

Como magistrada ponente de la primera situación ante la Corte, la relativa a la República Democrática del Congo, y más recientemente de la situación en Darfur (Sudán), así como de los casos que de éstas se derivan, por ejemplo aquéllos contra Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Ali-Kushaib, Ahmed Harum,

Omar al Bashir y Abu Garda, la magistrada Steiner tuvo que abordar, por primera vez, problemas tan complejos como la preservación del equilibrio entre las funciones de la Fiscalía y de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) durante la fase de investigación, la articulación del sistema de participación de víctimas en las actuaciones ante la (SCP), la puesta en marcha de sistemas efectivos de protección de testigos y de revelación de pruebas, y la delimitación entre las distintas formas de autoría y participación previstas en el Estatuto de Roma, por citar sólo algunas materias.

La sólida formación del profesor Olásolo en Derecho Penal y Procesal Penal Comparado e Internacional, así como en Derecho Internacional de los derechos humanos y Derecho Internacional humanitario, y la experiencia profesional que adquirió en el TPIY y en la Comisión Preparatoria de la Corte, constituyen sin duda un activo fundamental para la magistrada Sylvia Steiner en la tarea de interpretar los Elementos de los Crímenes (EC) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) que ella y el profesor Olásolo ayudaron a redactar años atrás.

Desde la llegada del profesor Olásolo a la Corte, hemos tenido la oportunidad de compartir, en múltiples ocasiones, los problemas prácticos y de interpretación, así como formular la solución a cada uno de ellos, los cuales, a medida que las actuaciones ante la Corte avanzan se van planteando. Nuestros encuentros se han centrado, en gran medida, en las cuestiones relativas al contenido material y aplicación del principio de complementariedad, la posición procesal de las víctimas en el proceso ante la Corte y la determinación de los elementos contextuales (conflicto armado y ataque sistemático o generalizado contra una población civil) de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. A pesar de que nuestros planteamientos no siempre coinciden, y de que en ocasiones mantenemos puntos de vista ciertamente distintos, las numerosas conversaciones con el profesor Olásolo siempre me han resultado particularmente enriquecedoras.

Sólo la enorme capacidad de trabajo del profesor Olásolo puede explicar que, al mismo tiempo que desarrolla su ardua tarea en la Corte, no haya cejado de perseguir su pasión por la Academia y la docencia. Así, desde que en junio de 2002 concluyó su ejercicio como *teaching fellow* en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia, el profesor Olásolo ha continuado con sus labores docentes en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht, al que se incorporó en 2005, así como en numerosos programas de doctorado y de especialización en universidades y academias militares de Alemania, Argentina,

Canadá, Chile, Costa Rica, Colombia, España, Estados Unidos, Guatemala, Italia, México, Nicaragua, Perú, Reino Unido, Suiza y Uruguay.

En cuanto a las publicaciones del profesor Olásolo, que al día de hoy, a pesar de su juventud, incluye ya siete monografías y medio centenar de artículos en revistas de reconocido prestigio en español e inglés, lo que más destaca es, en mi opinión, la solidez con la que aborda cuestiones que se rigen por principios tan distintos como las relativas a las partes general y especial del Derecho Penal Internacional, la política criminal, el Derecho Internacional público en general y el Derecho Internacional humanitario en particular, y el proceso ante las jurisdicciones internacionales.

Precisamente, uno de los aciertos del presente volumen es haber reunido una selección de ensayos que reflejan la pluralidad de líneas de investigación que hasta el momento ha explorado el profesor Héctor Olásolo. Por esta razón, no tengo más que felicitar al Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), por la magnífica idea de publicar algunos ensayos del profesor Olásolo, quien además de que cuenta con una dilatada experiencia práctica en los principales tribunales internacionales establecidos a principios de los años noventa, es uno de los más connotados especialistas del Derecho Penal y Procesal Penal Internacional en lengua española.

La Haya, 1 marzo de 2009

MAURO POLITO

Magistrado de la Corte Penal Internacional

INTRODUCCIÓN DE GERARDO LAVEAGA
(PENDIENTE)

RELACIÓN ENTRE
JURISDICCIONES NACIONALES
E INTERNACIONALES

DE LOS RIESGOS
Y DE LAS PRECAUCIONES NECESARIAS
EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO
DE COMPLEMENTARIEDAD POR LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL: EL ESTUDIO
DE LA DETERMINACIÓN NACIONAL
DE LAS PENAS COMO OBJETO
DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

PRIMERA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO
DE COMPLEMENTARIEDAD¹

LA RELACIÓN entre los tribunales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) y las jurisdicciones nacionales se rigen por el principio de primacía de los llamados tribunales *ad hoc*. Así, de acuerdo con el artículo 10 del estatuto del TPIY y con el artículo 9 del estatuto del TPIR, la primacía de los tribunales *ad hoc* se concreta en los siguientes elementos:² 1) la concurrencia entre la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* y las jurisdicciones nacionales;³ 2) la prohibición de que las jurisdicciones nacionales realicen investigaciones o enjuiciamientos si los tribunales *ad hoc* ejercitan su jurisdicción;⁴ 3) la legitimación de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar si los tribunales *ad hoc* no ejercitan su jurisdicción;⁵

¹ Este artículo fue publicado originalmente en *IusCrim*, vol. 67, São Paulo, Brasil, 2007, pp. 59-107, y después en *Casación Penal*, vol. 7, Buenos Aires, 2008.

² La exposición del contenido del principio de primacía del TPIR sobre las jurisdicciones nacionales, y de las razones que lo justifican, se puede encontrar en Decision (Trial Chamber) on the Defense Motion on Jurisdiction, The Prosecutor vs. Kanyabashi, Caso Núm. ICTR-96-15-1, de 18 de junio de 1997, párrafo 32.

³ Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc. S/25704, de 3 de mayo de 1993, párrafo 16.

⁴ V. Morris y M. P. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, 1998, pp. 314-315.

⁵ V. Morris y M. P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, Transnational Publishers, 1995, p. 126.

4) la legitimación de los tribunales *ad hoc* para requerir a las jurisdicciones nacionales que se inhiban en favor de aquéllos antes de que el órgano nacional competente dicte sentencia firme en el caso de que se trate;⁶ y 5) la facultad de los tribunales *ad hoc* para ejercitar su jurisdicción, incluso después de la emisión de sentencia firme por el órgano nacional competente, si los delitos han sido calificados como ordinarios o las actuaciones nacionales no fueron independientes o imparciales, estuvieron dirigidas a proteger al imputado frente a la responsabilidad penal internacional en la que había incurrido o la causa no fue tramitada con la debida diligencia.⁷

La primacía de los TPIY y TPIR es resultado de su creación mediante resolución del Consejo de Seguridad, actuando conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Ambos fueron establecidos *ex post facto* y *ad hoc* como instrumentos de *ultima ratio* para el restablecimiento de la paz y seguridad internacional en situaciones de crisis determinadas,⁸ y su primacía sobre las jurisdicciones nacionales ha desempeñado un papel muy importante para garantizar su eficacia, que ya en 1995, la Sala de Apelaciones remarcaba la necesidad de otorgar primacía a los tribunales internacionales sobre las jurisdicciones nacionales.⁹

A diferencia de los tribunales *ad hoc* la Corte es una institución permanente que tiene como fin acabar con la impunidad de los autores de los delitos que menoscaban más gravemente los valores superiores sobre los que se construye la comunidad internacional.¹⁰ Para garantizar mejor su carácter permanente e independencia frente a otras entidades políticas como los estados o los órganos de las Naciones Unidas, la Corte ha sido creada por un tratado internacional en lugar de una resolución del Consejo de Se-

⁶ *Idem.*

⁷ Sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* por el TPIY, véase Decision (Trial Chamber) on *non bis in idem*, The Prosecutor vs. Dusko Tadic, Caso Núm. IT-94-1-T, de 14 de noviembre de 1995. Sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* en el ICTR, véase Decision (Trial Chamber) on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral, The Prosecutor vs. Bagasora, Caso Núm. ICTR-96-7-D, de 17 de mayo de 1997, párrafo 33; y Decision (Trial Chamber) on the Formal Request for Deferral Presented by the Prosecutor, The Prosecutor vs. Alfred Musema, Caso Núm. ICTR-95-5-D, de 12 de marzo 1996, párrafo 12.

⁸ Consejo de Seguridad, Resolución 827, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), de 25 de mayo de 1993; y Consejo de Seguridad, Resolución 955, U.N. Doc. S/RES/855 (1994), de 8 de noviembre de 1994.

⁹ Decision (Appeals Chamber) on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor vs. Dusko Tadic, ICTY, Caso Núm. IT-94-1-T, de 2 de octubre de 1995 (en adelante decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic), párrafos 55-60.

¹⁰ Véanse en el Estatuto de Roma (ER) los párrafos 4 y 5 del preámbulo, y los artículos 1 y 5.

guridad.¹¹ El origen distinto de la Corte y de los tribunales *ad hoc* ha provocado que sus relaciones con los estados se rijan por principios diferentes; sin embargo, la relación entre la Corte y los estados se rige por el llamado principio de complementariedad, previsto en los artículos 1, 17, 18, 19 y 20 del Estatuto de Roma (ER),¹² cuyo fundamento es un sistema de soberanía compartida, entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, que constituye una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes.¹³

Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que sólo puede, primero activarse, y posteriormente ejercitarse, ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales.¹⁴ Asimismo, los Estados Partes, mediante el ER, han conferido a la Corte el poder para decidir sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, incluyendo el poder para decidir sobre la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales, es decir, su primacía material sobre estas últimas, en lo que constituye sin duda la transferencia más importante de soberanía realizada por medio del ER.¹⁵ De esta manera, se puede afirmar que el principio de complementariedad está compuesto de dos elementos principales: la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte y la primacía formal de la Corte sobre aquéllas.¹⁶

¹¹ Desde el inicio del proceso de negociación se aceptó la idea de que la creación de la Corte mediante una resolución del Consejo de Seguridad la convertía en un órgano subsidiario del Consejo, que podría disolverse en cualquier momento por resolución del Consejo, cuya jurisdicción estaría limitada a las situaciones que el Consejo declarara amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

¹² J. T. Holmes, "The Principle of Complementarity", en R. S. Lee (coord.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Transnational Publishers, 1999, pp. 41-78 (p. 73).

¹³ C. Escobar Hernández, "La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional", en M. García Arán y D. López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273 (p. 257).

¹⁴ *Ibidem*, p. 258. Véase también S. A. Williams, "Article 17. Issues of Admissibility", en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1999, pp. 383-394 (p. 384).

¹⁵ H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 228-230.

¹⁶ La misma opinión es sostenida por C. Escobar Hernández (*op. cit.*, p. 260), J. Alcáide Fernández, ("La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempos de 'ingeniería jurisdiccional'?", en J. A. Carrillo Salcedo [coord.], *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 383-433 y 416-417), J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto ("Análisis del

Cada uno de estos dos elementos se encuentra estrechamente relacionado con uno de los dos fines básicos del principio de complementariedad. Por un lado, el principio de primacía material de las jurisdicciones nacionales pretende promover en el ámbito nacional las investigaciones y los enjuiciamientos de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”,¹⁷ con pleno respeto a los principios de justicia recogidos en el ER.¹⁸ Por otro lado, el principio de primacía material de la Corte se dirige a extirpar el llamado virus de la impunidad en los supuestos en que haya conseguido impedir la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de dichos delitos por las jurisdicciones nacionales.¹⁹

Debido a que el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte únicamente impide la actuación de esta última en el caso de aquéllas donde se lleven a cabo investigaciones o enjuiciamientos, el primer supuesto de admisibilidad se produce cuando las jurisdicciones nacionales permanecen inactivas en relación con los delitos recogidos en el ER, que se hayan producido en la situación o caso de que se trate. Además, cabe distinguir entre supuestos de inacción *a priori*, que tienen lugar cuando las jurisdicciones nacionales afectadas no han iniciado actuaciones con respecto a los delitos de que se trate, y supuestos de inacción *a posteriori*, que se producen cuando las actuaciones nacionales se interrumpen por razones distintas de las de carácter técnico previstas en las leyes procesales penales de los estados afectados.²⁰

Estatuto del Tribunal Penal Internacional”, en *Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Jornadas sobre Fuerzas Armadas y Derechos Humanos*, Sevilla, 1999, pp. 1-14), y F. Jiménez García (“Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI: el Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998”, en *Studia Carande*, núm. 3, 1999, pp. 120-122).

¹⁷ Artículo 1 del ER.

¹⁸ B. Broomhall sostiene el mismo punto de vista en “The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation”, en M. C. Bassiouni (coord.), *ICC Ratification and National Implementing Legislation, Nouvelles Études Pénales*, vol. 13 quarter, Érès, 1999, pp. 113-159; véase también C. Escobar Hernández, *op. cit.*, pp. 225-273 (p. 261).

¹⁹ *Idem*, y J. T. Holmes, *op. cit.*, pp. 41-78 (pp. 73-74).

²⁰ Por ejemplo, por la aprobación de una ley de amnistía general o por la llegada al poder de un gobierno opuesto a la investigación o enjuiciamiento de este tipo de delitos en el ámbito nacional. Una discusión breve del concepto “inacción *a posteriori*” puede encontrarse en X. Aguirre, A. Cassese, R. E. Fife, H. Friman, C. K. Hall, J. T. Holmes, J. Kleffner, H. Olásolo, N. H. Rashid, D. Robinson, E. Wilmshurst y A. Zimmermann, *Informal Experts Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, 2003, disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf>, p. 20, n. 26.

Pero incluso cuando las jurisdicciones nacionales afectadas estén actuando, o hayan actuado, con respecto a los delitos presuntamente cometidos en la situación o caso de que se trate, la Corte podría también intervenir si aquéllas no tienen la capacidad o la disposición para llevar realmente a cabo sus actuaciones. Por tanto, la falta de capacidad o de disposición de las jurisdicciones nacionales afectadas constituye el segundo supuesto de admisibilidad

El artículo 17(3) del ER define los supuestos de “incapacidad” como aquellos en las jurisdicciones nacionales afectadas que no pueden hacer comparecer al acusado, no disponen de las pruebas y de los testimonios necesarios, o no se encuentran en condiciones de llevar a cabo el juicio debido “al colapso total o sustancial de su administración de justicia o al hecho de carecer de la misma”.²¹ Como algunos autores han señalado, los supuestos de incapacidad se refieren a supuestos excepcionales como puede ser el caso de la ausencia de un gobierno central, el acaecimiento de una guerra civil o de un desastre natural que provoque un colapso total o sustancial en la administración de justicia.²²

Finalmente, los artículos 17(2) y 20(3) del ER definen los supuestos de falta de disposición como los casos en los que, a la luz de los principios de un proceso con todas las garantías reconocidas por el Derecho Internacional, se puede afirmar que las actuaciones nacionales se llevan a cabo con el “propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”, experimentan una demora injustificada que es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia, y no son sustanciadas de manera independiente o imparcial, ni son compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

LA DETERMINACIÓN NACIONAL DE LAS PENAS COMO OBJETO DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

Como se ha puesto de manifiesto recientemente en el contexto de las actuaciones desarrolladas por los órganos judiciales ruandeses y el TPIR, los líderes políticos y militares que puedan ser considerados como los respon-

²¹ El artículo 15(2) del Proyecto de Estatuto del Comité Preparatorio a la Conferencia Diplomática de Roma en 1998 se refería a un “colapso total o parcial”. Sin embargo, numerosas declaraciones insistieron durante la Conferencia Diplomática que la expresión “colapso parcial” establecía un *listón demasiado bajo*. De ahí que se reemplazara la expresión “parcial” por “sustancial”. Al respecto, véase J. T. Holmes, *op. cit.*, pp. 41-78 (pp. 54 y 55).

²² S. A. Williams, *op. cit.*, pp. 383-394 (p. 394); y J. T. Holmes, *op. cit.*, pp. 41-78 (pp. 54 y 55).

sables últimos de los delitos que más gravemente atentan contra los valores superiores de la comunidad internacional terminan siendo enjuiciados por tribunales internacionales, en los cuales la pena de muerte no es aplicable, mientras que los autores materiales se exponen con frecuencia a la imposición de la pena de muerte por los tribunales nacionales.

Sin embargo, esto no significa que el enjuiciamiento en el ámbito nacional conlleve necesariamente el estar expuesto a la imposición de una pena superior. Por el contrario, es perfectamente posible que se produzca el fenómeno inverso, como lo demuestran los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos por el incumplimiento de ciertos deberes, que al ser considerados por algunos sistemas nacionales como delitos de omisión pura, llevan aparejadas penas que pudieran parecer relativamente leves. Por tanto, en última instancia, la exposición a una pena superior o inferior como resultado del enjuiciamiento por tribunales nacionales o internacionales dependerá en gran medida de los principios generales del sistema de justicia penal de que se trate.

La relación existente en todo sistema de justicia penal entre los principios generales que lo forman y su sistema de penas, así como el hecho de que el análisis de admisibilidad previsto en el ER incluye las actuaciones procesales y la determinación de la pena en el ámbito nacional, puede provocar que la Corte tenga indirectamente un papel relevante en la definición de los principios generales sobre los que se construyen los sistemas nacionales de justicia penal, a efecto de evitar la imposición de penas crueles, desproporcionadas, o excesivamente leves.

En este sentido, hay que señalar que la determinación nacional de las penas es sólo relevante en el marco del análisis de admisibilidad, desde la perspectiva de la falta de disposición de las jurisdicciones nacionales para llevar realmente a cabo sus actuaciones. Así, la determinación nacional de las penas es irrelevante en relación con el primer supuesto de admisibilidad que, como hemos visto, tiene lugar cuando las jurisdicciones nacionales permanecen inactivas en relación con los delitos previstos en el ER, que hayan sido presuntamente cometidos en la situación o caso de que se trate. Esto es así porque, por su propia naturaleza, los supuestos de inacción *a priori* o *a posteriori* tienen lugar antes de que se produzca la imposición de una pena. Del mismo modo, la determinación nacional de las penas es irrelevante en los supuestos de falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales para llevar realmente a cabo sus actuaciones, puesto que en dichos supuestos no es posible superar todas las etapas procesales que preceden a la emisión de una sentencia de condena y a la imposición de la pena.

Por tanto, la determinación nacional de las penas es únicamente un factor relevante para el análisis de admisibilidad, en tanto que puede ser indicativo de la falta de disposición de las jurisdicciones nacionales afectadas para llevar realmente a cabo sus actuaciones.²³ Así, de acuerdo con los artículos 17(1)(c) y (2) y 20(3) del ER, la sentencia final dictada por los tribunales nacionales no surtirá efecto de cosa juzgada en relación con la Corte, y, por tanto, no será aplicable el principio *ne bis in idem*, si a la luz de los principios de un proceso con todas las garantías reconocidas por el Derecho Internacional concurre uno de los dos siguientes supuestos: 1) la pena impuesta responde “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”,²⁴ y 2) la pena no fue impuesta de manera independiente o imparcial y es incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia.²⁵

Sin embargo, así como se afirma que la determinación nacional de las penas constituye un factor relevante para el análisis de admisibilidad, hay que reconocer que su papel se limita a los supuestos en los que la pena impuesta al condenado es manifiestamente insuficiente a la luz de la gravedad de los delitos cometidos y de la forma de participación por la que el acusado ha sido condenado.²⁶ Además, como veremos en los siguientes apartados, son numerosas las razones que aconsejan ser prudentes y respetar en la mayor medida posible los principios generales que inspiran los sistemas nacionales de justicia penal.

Al respecto, es importante distinguir cuándo el análisis de admisibilidad se centra en la determinación nacional de las penas y cuándo tiene principal-

²³ Además, de la lectura combinada de los artículos 17 y 20(3) del ER se deduce que la emisión de una sentencia condenatoria en la que se impone una pena, no subsana la falta de disposición en que hayan incurrido los tribunales nacionales durante el desarrollo de sus actuaciones. Véase H. Olásolo, *op. cit.*, pp. 219-220.

²⁴ Sobre el contenido de este supuesto, entre otros véase L. Arbour y M. Bergsmo, “Conspicuous Absence of Jurisdictional Overreach”, en H. von Hebel, J. G. Lammers y J. Schukking (eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, T.M.C. Asser Press, 1999, pp. 129-140 (p. 131); B. Broomhall, *op. cit.*, pp. 113-159 (p. 145); S. A. Williams, *op. cit.*, pp. 383-394 (p. 393); J. T. Holmes, *op. cit.*, pp. 41-78 (p. 50), y H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 150-154.

²⁵ Sobre el contenido de este supuesto, entre otros véase J. T. Holmes, *op. cit.*, pp. 41-78 (p. 50); S. A. Williams, *op. cit.*, pp. 383-394 (p. 394); y H. Olásolo, *op. cit.*, 2005, pp. 150-154.

²⁶ B. Broomhall, *op. cit.*, pp. 113-159 (p. 153). También véase *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, United Nations General Assembly Official Records, Fifty-First Session, U.N. Doc. A/51/22, Suppl. Núm. 22, 1996, vol. I, párrafo 173.

mente como objeto otros factores, que si bien no dejan de tener un impacto en la pena, no forman propiamente parte del proceso de determinación de la misma. Entre estos últimos se encuentran los siguientes:²⁷

1) El hecho de que las diligencias de investigación practicadas por las autoridades nacionales sean manifiestamente insuficientes a la luz de la práctica nacional en casos de semejante complejidad.

2) El hecho de que los delitos y las formas de participación imputadas sean manifiestamente inadecuadas a la luz de los resultados de las diligencias de investigación practicadas. Este fenómeno se producirá si: *a)* se califican los hechos imputados como constitutivos de delitos que de acuerdo con la legislación nacional conllevan penas notablemente más leves; *b)* se califican los hechos imputados como constitutivos de delitos ordinarios cuando también son constitutivos de delitos internacionales expresamente incluidos en la legislación nacional; *c)* se imputa la comisión imprudente del delito cuando existen elementos fundados para imputar la comisión dolosa; *d)* se imputa una forma de participación en la comisión de un delito por una tercera persona, que lleva aparejada una pena notablemente más leve (por ejemplo, se imputa una complicidad no necesaria cuando existen elementos fundados para imputar una autoría mediata o una coautoría), y *e)* se imputa la tentativa del delito cuando existen elementos fundados de que el delito haya sido consumado finalmente.

3) El hecho de que la prueba presentada durante el juicio oral contra el acusado sea manifiestamente insuficiente a la luz de los elementos de prueba recogidos durante la práctica de las diligencias de investigación.

4) El hecho de que la prueba presentada durante el juicio oral sea valorada de manera manifiestamente inadecuada y que ello resulte en: *a)* la absolución del acusado por falta de pruebas de los hechos imputados o por la concurrencia de una eximente de la que no se presentó elemento de prueba alguno durante el juicio oral; *b)* la condena del acusado por un delito menos grave o por un delito ordinario; *c)* la condena del acusado por la comisión imprudente del delito imputado; *d)* la condena del acusado por una forma de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que lleva aparejada una pena notablemente más leve, y *e)* la condena del acusado por la mera tentativa del delito.

El proceso de determinación nacional de la pena comienza cuando el legislador de un país determina *a priori* el grado de pena correspondiente a cada delito previsto en el ER e integra en la legislación nacional, y se extiende en el tiempo hasta la conclusión de la fase de ejecución de la pena.

²⁷ H. Olásolo, *op. cit.*, 2005, pp. 164-168.

Este proceso está compuesto por tres etapas principales. En primer lugar se encuentra la fase de determinación legislativa de la pena. En esta etapa inicial, dicho legislador determina el tipo de pena y el grado que de la misma (particularmente en relación con las penas de privación de libertad y de multa) debe corresponder a cada delito. Además, el legislador puede establecer criterios de obligada aplicación para la determinación judicial de la pena dentro del grado que corresponda. En este sentido, es importante subrayar que las leyes nacionales difieren notablemente en la amplitud de los grados de las penas privativas de libertad y en la definición de los criterios que sirven de base para la determinación judicial de la pena.

En segundo lugar se encuentra la fase de determinación judicial de la pena. En esta etapa, los tribunales nacionales determinan la pena que corresponde al condenado dentro del grado que la ley prevé para el delito de que se trate y siguiendo los criterios que el legislador haya podido establecer. Se puede distinguir entre una determinación cualitativa que se produce cuando el órgano judicial competente elige entre varios tipos de pena, y una determinación cuantitativa del tiempo de privación de libertad que debe servir el condenado, o del monto de la multa que debe pagar dentro de los límites marcados por la ley.

En tercer y último lugar aparece la fase de determinación ejecutiva de la pena. Durante esta etapa las autoridades penitenciarias pueden modificar de hecho la pena impuesta mediante la aplicación de ciertas disposiciones que permiten, entre otras cosas, reducir el tiempo que el condenado debe permanecer en prisión, autorizar su excarcelación durante el día (el llamado “tercer grado”) o incluso concederle la libertad condicional. Como veremos más adelante, la determinación ejecutiva de la pena será sólo relevante para el análisis de admisibilidad, si se entiende que la aplicación del principio de complementariedad de la Corte *vis-a-vis* a las jurisdicciones nacionales, se extiende también a la fase de ejecución de la pena.

LA DETERMINACIÓN LEGISLATIVA DE LAS PENAS COMO OBJETO DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

Determinación a priori de la pena aplicable a un delito concreto

Las normas penales pueden ser vistas como normas determinativas, como normas valorativas o como una combinación de ambas. Quienes las con-

sideran como normas determinativas entienden las normas penales como mandatos o prohibiciones que pretenden influir en los ciudadanos para que desarrollen o dejen de desarrollar una cierta conducta.²⁸ Para quienes adoptan esta posición, la función de las normas penales es proteger los valores superiores de la sociedad mediante la prevención de aquellos actos que más seriamente los menoscaban.²⁹

Para conseguir este objetivo se atribuyen a la pena tres diferentes tipos de funciones. En primer lugar, la pena cumple una función de prevención general, que se entiende como la probabilidad de que el castigo del infractor influya en que otros delincuentes potenciales se abstengan de llevar a cabo en el futuro ese mismo tipo de conducta. En segundo lugar, la pena cumple una función de prevención especial entendida como la probabilidad de que la imposición de una pena influirá en que la persona sometida a la misma no reincidirá en actividades delictivas tras su puesta en libertad. En tercer lugar, íntimamente unida a la anterior se encuentra la función de resocialización conforme a la cual la pena se dirige también a permitir su futura reintegración en la vida social en condiciones de igualdad con el resto de sus miembros.³⁰ Como resultado, para una concepción determinativa de la norma penal, la retribución desempeña, con mucho, un papel meramente secundario.

Una concepción valorativa de las normas penales considera que dichas normas son exclusivamente juicios de valor negativos sobre determinadas conductas humanas que son lo suficientemente graves como para justificar la imposición de una pena. Sin embargo, de acuerdo con esta concepción, las normas penales no contienen ningún mandato o prohibición dirigida a influir en los ciudadanos para que lleven a cabo, o se abstengan de realizar, ciertas conductas. Para los seguidores de esta posición, la función principal de las normas penales es la retribución en cuanto que la pena es entendida como una expresión de la valoración negativa de una determinada conducta.³¹ En otras palabras, lo que hace justa la pena, con independencia de los beneficios que para la sociedad se puedan derivar de la misma, es la necesidad de articular una respuesta social adecuada a la comisión del delito.³²

La concepción de las normas penales y las funciones de la pena adopta-

²⁸ D. M. Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal*. Parte general, Universitas, 1999, p. 64.

²⁹ *Ibidem*, p. 68. También véase G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 414.

³⁰ Al respecto, véase el artículo 25(1) de la Constitución española.

³¹ D. M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 68.

³² G. P. Fletcher, *op. cit.*, p. 415.

das por los sistemas nacionales de justicia penal tienen un efecto directo en la definición de las penas aplicables y, en menor medida, en la determinación cuantitativa del grado de pena previsto por el legislador para cada delito. Por ejemplo, la pena de muerte es incompatible con la resocialización de la persona condenada en cuanto fin de la pena. Del mismo modo, cuanto mayor es el acento puesto en la función retributiva de la pena, mayor tiende a ser el grado de pena previsto para un mismo delito.

La determinación en los sistemas nacionales de las penas por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio no es ajena a este fenómeno y, por ello, se encuentra inexorablemente unida a los principios generales sobre los que se asienta el sistema nacional de que se trate.

Entre estos principios destaca el de la intervención mínima del Derecho Penal. De acuerdo con este principio, las normas penales son un instrumento de *ultima ratio* que debe utilizarse de una manera limitada y con pleno sometimiento al imperio de la ley, para proteger los valores superiores de una sociedad frente a las conductas que más seriamente los menoscaban.³³ Las manifestaciones más importantes de este principio son la retroactividad *pro reo* en la aplicación de las normas penales, y la humanidad y la proporcionalidad en la determinación de las penas.

La idea que sirve de base a esta forma de entender el Derecho Penal se resume en la máxima de que, en tanto se garantice la restauración del orden legal, se debe dar preferencia a las penas más leves sobre las más graves. En este contexto, el principio de humanidad requiere el reconocimiento de que, por un lado, la persona condenada, con independencia del delito que haya podido cometer, es un ser humano y como tal tiene el derecho a ser tratado humanamente y, por otro lado, dada la dimensión social de todo ser humano, tiene el derecho a ser reintegrado a la sociedad en condiciones de igualdad con el resto de sus miembros.³⁴ Asimismo, el principio de proporcionalidad requiere que, a efecto de asegurar que la pena sea proporcional a la gravedad del delito, dicha gravedad debe ser exclusivamente analizada a la luz de la importancia de los valores de la sociedad que se han visto afectados por la conducta típica, así como de la manera en que dichos valores se han visto menoscabados.³⁵ Aquellos sistemas penales nacionales que están fundados sobre una concepción minimalista del Derecho Penal, protegen con un cuidado particular el principio de proporcionalidad de las

³³ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal*. Parte general, Tirant lo Blanch, 1998, p. 78.

³⁴ *Ibidem*, p. 92.

³⁵ *Ibidem*, p. 93.

penas y rechazan cualquier endurecimiento de las penas como resultado del aumento de la criminalidad.

En consecuencia, cualquier análisis de admisibilidad que estudie la determinación legislativa de las penas por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio tendrá que llevarse a cabo teniendo en cuenta la concepción de las normas penales, los principios generales de Derecho Penal que desarrollan dicha concepción y las funciones de la pena acogidas por el sistema nacional de justicia penal de que se trate.

Pero al mismo tiempo, dicho análisis no puede obviar el hecho de que el ER sólo incluye las conductas que más gravemente menoscaban los valores superiores sobre los que se asienta la comunidad internacional,³⁶ que en opinión de numerosos autores se encuentran tipificadas por normas de *ius cogens*.³⁷ Este proceso de selección por razón de gravedad se extendió a los delitos específicos incluidos dentro de las categorías generales de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra,³⁸ lo que resultó en que ciertas conductas (como por ejemplo el retraso injustificado en la repatriación de prisioneros de guerra y de civiles al final de un conflicto armado) no fueran incluidas en el ER, a pesar de generar responsabilidad penal conforme al Derecho Internacional.³⁹ A lo que hay que añadir que los elementos contextuales de los delitos recogidos en el ER atribuyen a los mismos una especial

³⁶ Del ER véanse los párrafos 3 y 4 del Preámbulo y los artículos 1 y 5(1). También consúltese A. Zimmermann, “Article 5. Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 97-106 (pp. 98-100).

³⁷ M. C. Bassiouni, “International Crimes: *Ius Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, en *Law and Contemporary Problems*, 1996, pp. 59 ss.; M. Morris, “High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States”, en *Law and Contemporary Problems*, 2000, pp. 57 ss., y K. Henrad, “The Viability of National Amnesties in View of the Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law”, *DCL Journal of International Law*, vol. 9, Michigan State University, 1999, pp. 595 ss. (p. 645).

³⁸ H. von Hebel y D. Robinson, “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, pp. 79-126 (p. 104).

³⁹ Los tres criterios que se transcriben a continuación fueron utilizados por los redactores del ER para determinar *a priori* las infracciones del Derecho Internacional humanitario que merecían incluirse y las que merecían excluirse: 1) que con independencia de su posible origen convencional, la norma afectada hubiese alcanzado la condición de costumbre internacional y por tanto vinculase a todos los estados miembros de la comunidad internacional; 2) que al margen de las consecuencias previstas en los instrumentos internacionales donde dicha norma se recogiese, su violación diera lugar a responsabilidad penal de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario, 3) que dicha violación entrañase *a priori* la gravedad suficiente. Véase H. von Hebel y D. Robinson, *op. cit.*, pp. 79-126 (p. 104).

gravedad en cuanto que han de producirse:⁴⁰ 1) “en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar contra ese grupo”, es decir, de tal magnitud que pueda por sí misma causar la destrucción total o parcial del grupo afectado (genocidio);⁴¹ 2) “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (crímenes contra la humanidad);⁴² o 3) “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (crímenes de guerra).⁴³

Además, la reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) de 10 de febrero de 2006 en el caso de Thomas Lubanga Dyilo, ha establecido que todo caso resultante de la investigación de una situación de crisis, además de imputar uno o varios delitos sobre los que la Corte tiene jurisdicción, debe cumplir con los siguientes requisitos para que por su gravedad pueda ser admisible ante la Corte: 1) los hechos presuntamente constitutivos de delito imputados deben tener un carácter sistemático o generalizado, si bien en la aplicación de este criterio se tendrá en cuenta también la alarma social que despierten los mismos; 2) la persona imputada debe ser uno de los líderes de más alto rango de uno de los grupos involucrados en la situación bajo investigación, y 3) la persona imputada debe ser considerada como uno de los líderes de más alto nivel sospechoso de ser responsable último de la actividad criminal ocurrida en la situación bajo investigación.⁴⁴

Ahora bien, esto no significa que el desvalor de los distintos delitos previstos en el ER deba ser necesariamente el mismo, y ello a pesar de que algunos hayan afirmado que todos los delitos recogidos en el ER afectan la

⁴⁰ H. Olásolo, “Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 85, abril de 2006, sección 2.

⁴¹ En el capítulo “Elementos del Crimen” en el ER, véase el artículo 6(a-e).

⁴² Artículo 7(1) del ER.

⁴³ El artículo 8(1) del ER utiliza la expresión “la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”, introduciendo más bien una condición objetiva de procedibilidad que un elemento contextual del tipo objetivo. Al respecto, véase F. Pignatelly y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, Ministerio de Defensa, 2002, pp. 74-75; y H. Olásolo, *Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 301-304.

⁴⁴ La versión pública de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) de 10 de febrero de 2006 se encuentra en el párrafo 63 del anexo I a la decisión de la SCP I de 24 de febrero de 2006, titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber’s I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*.

existencia misma de la comunidad internacional.⁴⁵ Así, no es necesario un estudio particularmente exhaustivo para comprobar que el delito de saqueo de localidades enemigas,⁴⁶ aunque sea llevado a cabo como parte de una política para compensar a quienes toman parte en la campaña militar de que se trate, no tiene la misma gravedad que el delito de imponer medidas dirigidas a prevenir el nacimiento de bebés dentro de un determinado grupo étnico, a efecto de diezmar así su población en una sola generación. En consecuencia, nadie debería sorprenderse de que las penas impuestas a los autores de tales delitos difieran sustancialmente.

En este contexto es necesario tener en cuenta que las declaraciones de admisibilidad de una situación o de un caso dictadas por la Corte como consecuencia del carácter inapropiado de las penas previstas para el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en la legislación nacional, pueden provocar indirectamente que el Estado afectado tenga que revisar la concepción de las normas penales, los principios generales de Derecho Penal y las funciones de la pena acogidas en su ordenamiento jurídico.

Este fenómeno puede producirse tanto en los sistemas nacionales que adoptan una concepción valorativa de la norma penal y se decantan por la retribución como principal función de la pena (como ocurre con los sistemas en los que se prevé la pena de muerte), como con los sistemas que se construyen sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Además, el riesgo es todavía mayor para los sistemas consuetudinarios de Derecho Penal que están basados en la tradición oral y que, por tanto, no han sido plenamente desarrollados por escrito.

La pregunta que se plantea es, entonces, si la Corte debe ejercer algún tipo de función en la definición de los principios informadores de los sistemas nacionales de justicia penal o, si por el contrario, debe respetar en la medida de lo posible las opciones elegidas por los legisladores nacionales, aun cuando las penas previstas para el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se pudieran considerar: 1) como inhumanas y desproporcionadas desde la perspectiva del principio de intervención mínima

⁴⁵ Incluso los sistemas nacionales de justicia penal, como el español –en los que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra están incluidos en un capítulo aparte bajo el encabezamiento de delitos contra la comunidad internacional, porque se considera que todos ellos afectan a los valores superiores de la comunidad internacional–, prevén para cada tipo de delito un grado de pena distinto. Al respecto, véanse los artículos 407-416 del Código Penal español y F. Pignatelly y Meca, *op. cit.*, 2002, p. 41.

⁴⁶ Artículo 8(2)(b)(xvi) y (e)(v) del ER.

del Derecho Penal, o 2) como injustificadamente leves desde una perspectiva estrictamente retributiva por la comisión de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

La respuesta a esta pregunta debe partir del propio preámbulo del ER. Éste se refiere en su párrafo primero al delicado mosaico de pueblos existentes en el mundo, cuyas culturas constituyen un patrimonio común de la humanidad. Además, en su párrafo tercero se afirma que el ER recoge sólo aquellos delitos que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, y que pueden afectar al patrimonio común formado por las culturas de los distintos pueblos del mundo. Por tanto, el ER está fundado sobre el reconocimiento de las diferencias culturales entre los distintos pueblos del mundo, lo que necesariamente incluye algo tan vinculado a los valores superiores de una sociedad como son los principios en los que se asienta su sistema de justicia penal.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que el objeto y fines del ER, tal y como han sido definidos en su preámbulo, requieren el mayor respeto posible para los principios generales que informan los distintos sistemas nacionales de justicia penal. Sólo en el caso excepcional de que tales principios se presenten como manifiestamente contrarios a los valores superiores de la comunidad internacional que el ER protege, la Corte podrá desempeñar, siempre de manera indirecta, un cierto papel en la redefinición de dichos principios mediante sus decisiones de admisibilidad de la situación o caso de que se trate.

Esto podría ocurrir, por ejemplo, si un determinado sistema nacional considerase que, al margen de los supuestos de coacción o de error de prohibición, el mero hecho de tener la intención de implementar una política estatal mediante la comisión de los delitos previstos en el ER, conlleva automáticamente un menor desvalor de la conducta y, por tanto, justifica la imposición de una pena inferior en grado.

Al respecto, conviene señalar que el sistema de penas en el ER se limita a una mera definición genérica de los tres tipos de penas previstos en el mismo:⁴⁷ 1) la privación de libertad hasta un máximo de 30 años, a no ser que la extrema gravedad de los hechos y las circunstancias personales del condenado justifiquen una condena a cadena perpetua; 2) la multa con arreglo a los criterios previstos en la Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), y 3) el decomiso del producto, los bienes y los haberes directa o indirectamente obtenidos del delito, sin perjuicio de los derechos de terceros de

⁴⁷ I. Lirola Delgado y M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel (Derecho), 2001, pp. 236-238.

buena fe. Además, la RPP 145 establece una lista abierta de circunstancias agravantes y atenuantes, así como una serie de factores adicionales que deben tenerse en cuenta para individualizar la pena de acuerdo con las circunstancias personales del condenado.⁴⁸

Sin embargo, ni el ER ni las RPP establecen el grado de pena que corresponde a cada uno de los delitos previstos en el ER, tampoco prevén reglas que regulen la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes. Como resultado, dados los poderes discrecionales atribuidos a la Corte y la ausencia de vínculos entre los principios generales de Derecho Penal recogidos en el ER y su sistema de penas, se reafirma la necesidad de que la Corte respete los principios generales que informan los sistemas nacionales de justicia penal.

El artículo 80 del ER constituye una especie de corolario de la posición aquí defendida, en cuanto que prevé expresamente que nada en el sistema de penas previsto en el ER “se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”. Esta disposición precisa que los Estados Partes pueden continuar aplicando penas que no se recogen en el ER, tales como la pena de muerte, la inhabilitación o la pérdida de derechos electorales, entre otras. Además, despeja cualquier duda sobre la ausencia de toda obligación de los Estados Partes para introducir en sus respectivos ordenamientos jurídicos las penas, por ejemplo la cadena perpetua, previstas en el ER.⁴⁹ De ahí que se pueda afirmar que el ER se encuentra redactado en el entendimiento de que los principios generales que dan a conocer los sistemas nacionales de justicia penal, tal y como se reflejan en sus sistemas de penas, deben ser respetados por la Corte en la medida de lo posible.

En consecuencia, cualquier análisis de las penas previstas en el ámbito nacional para el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, debe tener un carácter intrasistémico que se centre en la comparación de dichas penas con las previstas en el sistema nacional de que se trate para delitos de similar gravedad. Además, cualquier comparación con otros sistemas nacionales o internacionales de justicia penal deberá partir de la premisa del respeto máximo a los principios generales que informan el sistema nacional analizado.

⁴⁸ RPP 145(1)(c).

⁴⁹ Rolf Fife, “Article 80. Non-Prejudice to National Application of Penalties and National Laws”, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, pp. 1009-1014 (p. 1014).

*Variación del grado de la pena
dependiendo del tipo subjetivo*

Si bien las categorías utilizadas para definir el tipo subjetivo tienen sus propias características en cada uno de los sistemas nacionales de justicia penal, se puede observar que un número importante de sistemas nacionales contienen reglas que prevén diferentes grados de pena dependiendo de la comisión dolosa o imprudente del delito.⁵⁰ Surge, por tanto, la cuestión de si estas reglas son relevantes para un análisis de admisibilidad que incluya el estudio de la determinación nacional de las penas.

La respuesta a esta pregunta se encuentra íntimamente ligada a la definición del elemento general del tipo subjetivo de los delitos y de las formas de participación previstos en el ER. Así, el artículo 30(1) del ER exige que “los elementos materiales del crimen se reali[ce]n con intención y conocimiento”, estableciendo de este modo el dolo como elemento general del tipo subjetivo para los delitos recogidos en el ER. Ello incluiría tanto el llamado dolo directo de primer grado, entendido como la voluntad de producir precisamente el resultado prohibido (o de realizar la acción u omisión prohibida en los delitos de mera actividad o de omisión pura), como el dolo directo de segundo grado, donde el autor no desea la producción del resultado prohibido pero admite el mismo como una consecuencia necesariamente unida a la realización de su propósito principal.

En opinión del autor también el dolo eventual, entendido como los supuestos en los que el autor representa el resultado prohibido como de probable producción y, aunque su propósito no es que suceda, acepta el hecho de que pueda producirse y sigue adelante con su actuación —se encuentra incluido en el elemento general del tipo subjetivo previsto en el artículo 30(1) del ER—. ⁵¹ Así, el apartado segundo de dicha disposición se refiere a que el autor sea consciente de que el resultado prohibido “se producirá en el curso normal de los acontecimientos”, lo que implica que la persona conoce que hay una alta probabilidad de causar el resultado prohibido y que, por tanto, de seguir adelante con su actuación se presume que acepta su producción.

⁵⁰ Si bien los sistemas de Common Law utilizan una categoría intermedia denominada *recklessness*. Al respecto, véase G. P. Fletcher, *op. cit.*, pp. 443 ss.

⁵¹ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (*op. cit.*, pp. 381-441 [p. 41]), y D. K. Piragoff (“Article 30. Mental Element”, en O. Triffterer [coord.], *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1999, pp. 527-535 [534]) también entienden que el dolo eventual estaría incluido en la formulación del artículo 30 del ER.

No parece, sin embargo, que el elemento general del tipo subjetivo previsto en el artículo 30 del ER incluya la categoría anglosajona de la *recklessness* (ya sea en su modalidad subjetiva, ya sea en su modalidad objetiva) ni tampoco la imprudencia. La llamada *recklessness* subjetiva presupone el conocimiento del riesgo de producir el resultado prohibido.⁵² Dependiendo del sistema nacional de que se trate el nivel de riesgo exigido puede variar entre la mera posibilidad⁵³ y la probabilidad.⁵⁴ Se exige además la aceptación del riesgo, lo que es considerado como inherente al hecho de seguir adelante con la conducta prevista.⁵⁵ A diferencia del dolo eventual que requiere la aceptación del resultado, la *recklessness* subjetiva no necesita elemento intencional alguno, puesto que la persona puede perfectamente llevar a cabo una actividad que entrañe un cierto riesgo, confiando en que su pericia le permitirá evitar en todo caso que se produzca el resultado prohibido (esto ocurriría, por ejemplo, cuando a pesar de la posibilidad objetiva de que, dada la falta de precisión del mortero utilizado, el proyectil acabe impactando en un bloque de apartamentos donde no hay presencia militar del enemigo, el autor confía en que su pericia como artillero le permitirá limitar el punto de impacto al pequeño almacén de municiones que se encuentra enfrente del bloque de apartamentos). Por ello, la exigencia de que “los elementos materiales del crimen se reali[ce]n con intención y conocimiento”, parece excluir por insuficiente la *recklessness* subjetiva.

Algunos podrían indicar que los párrafos segundo y tercero del artículo 30 del ER definen los conceptos “intención” y “conocimiento” de un modo amplio, cuyo punto de referencia es el conocimiento de que el resultado prohibido “se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. Sin

⁵² Como G. P. Fletcher (*op. cit.*, p. 443) ha señalado: “Recklessness is a form of culpa equivalent to what German scholars call ‘conscious negligence’. The problem of distinguishing ‘intention’ and ‘recklessness’ arises because in both cases the actor is aware that his conduct might generate a specific result”.

⁵³ El conocimiento de la mera posibilidad de producir el resultado prohibido es suficiente, al menos en relación con el homicidio, en países como Sudáfrica. Véase C. R. Snyman, *Criminal Law*, 3a. ed., 1995, p. 169.

⁵⁴ El conocimiento de la probabilidad de producir el resultado prohibido se requiere, al menos en relación con el homicidio en Australia (The Queen vs. Crabbe [1985] 156 C. L. R. 464. Véase también B. Fisse, *Howard’s Criminal Law*, 5a. ed., 1990, p. 59; en Bahamas (secciones 311 y 11(2) del Código Penal de 1987); en Kenya (secciones 203 y 206(b) del Código Penal de 1985); en Malawi (secciones 209 y 212(b) del Código Penal); en Sierra Leona (véase B. Thompson, *The Criminal Law of Sierra Leone*, 1999, p. 61), y en Zambia (secciones 200 y 204(b) del Código Penal).

⁵⁵ K.W. Simons, “Rethinking Mental States”, en *Boston University Law Review*, mayo de 1992, p. 486.

embargo, en opinión del autor, la ausencia de aceptación del resultado prohibido impide calificar la causación de dicho resultado como realmente intencional. Además, varios autores han señalado que la doble exigencia de “intención” y de “conocimiento” prevista en el artículo 30(1) del ER, requiere la interpretación del elemento general del tipo subjetivo allí recogido, de manera que se excluya la *recklessness* subjetiva del tipo subjetivo de los delitos previstos en el ER.⁵⁶ Esta interpretación es reforzada por la aplicación del principio *nullum crime sine lege* que, conforme al artículo 22(2) del ER, exige que los tipos penales recogidos en el ER sean interpretados de manera estricta y no se hagan extensivos por analogía.

Con mayor razón se puede afirmar que el elemento general del tipo subjetivo del artículo 30 del ER, excluye también la llamada *recklessness* objetiva, entendida como la adopción objetiva de un riesgo elevado que supera los estándares de lo socialmente permitido sin que la persona sea consciente del riesgo que asume con su conducta.⁵⁷ Del mismo modo, y salvo los casos de responsabilidad de los superiores jerárquicos que serán analizados a continuación, queda también fuera del elemento general del tipo subjetivo del artículo 30 del ER la imprudencia, entendida como una falta del deber objetivo de cuidado en la realización de una conducta que termina causando la producción del resultado prohibido, ya sea porque el autor no era consciente de su deber al ignorar la situación de riesgo, ya sea porque aun siendo consciente de dicha situación de riesgo el autor no creyó previsible que el resultado prohibido pudiera producirse.⁵⁸

⁵⁶ Véase, entre otros, D. K. Piragoff, *op. cit.*, pp. 527-535 (p. 535) y A. Eser, “Mental Element-Mistake of Fact and Mistake of Law”, en A. Cassese P., J. R. Gaeta y W. D. Jones (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pp. 889-950 (pp. 898-899).

⁵⁷ La conocida sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Cadwell* (Inglaterra y Gales) dio lugar a la llamada *inadvertent, objective or Cadwell recklessness*, en contraposición a la *advertent, subjective or Cunningham recklessness* (*Caldwell* 1982 AC 341).

⁵⁸ Véase G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal*. Parte general, 3a. ed., Aranzadi, 2002, pp. 354-355. El elemento general del tipo subjetivo del artículo 30 del ER no es, sin embargo, aplicable a un reducido número de delitos para los que se prevé un tipo subjetivo específico. Entre ellos destacan los crímenes de guerra que parecen requerir un dolo directo de primer grado, como se manifiesta por el uso de las expresiones “intencionadamente” o “deliberadamente”. Sin embargo, conviene advertir que el uso de tales expresiones en el ER no es unívoco, y por tanto habrá que analizarlas cuidadosamente a la luz de los otros elementos del tipo de que se trate. Así, por ejemplo, la expresión “deliberadamente” exige efectivamente un dolo directo de primer grado en el caso del crimen de guerra de “causar deliberadamente grandes sufrimientos” (artículo 8.2(a)(iii) del ER y sus correspondientes EC); mientras que, al contrario, parece referirse al elemento general del tipo subjetivo del

De esta manera, se puede afirmar que, en principio, las normas penales nacionales que prevén grados de pena distintos, dependiendo de la comisión dolosa o imprudente del delito, no tienen relevancia alguna en el marco de un análisis de admisibilidad. Esto se debe a que por regla general, el ER, excepto en los casos de responsabilidad de los superiores jerárquicos, sólo tipifica la comisión dolosa de los delitos recogidos en el mismo.⁵⁹

La excepción principal a la no tipificación de la comisión imprudente de los delitos recogidos en el ER se encuentra en el artículo 28 del ER, que regula la responsabilidad de los superiores militares por el incumplimiento de sus deberes de prevenir la comisión de delitos por sus subordinados y de castigar, en su caso, a estos últimos. Al respecto, el artículo 28(a)(i) del ER requiere que el superior militar “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Con ello parece excepcionarse la exigencia general de comisión dolosa recogida en el artículo 30

artículo 30 del ER en el crimen “dirigir intencionalmente ataques” contra bienes “dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o las beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos” (artículo 8.2(b)(ix) y (e)(iv) del ER y sus correspondientes EC).

Finalmente, existen delitos que además de requerir el dolo del artículo 30 del ER como elemento general del tipo subjetivo, exigen un elemento subjetivo adicional consistente en un propósito o finalidad particular, por las cuales la conducta típica debe haber sido cometida. Este elemento subjetivo adicional, conocido en el sistema romano-germánico como *dolus specialis* y en el Derecho anglosajón como *ulterior intent* —que no debe confundirse con la categoría anglosajona de *specific intent* que equivale al dolo directo de primer grado en el sistema romano-germánico—, se recoge mediante el empleo de expresiones tales como “con la intención” o “con el propósito” en la definición de ciertos delitos, entre los que se pueden citar el genocidio (artículo 6 del ER y sus respectivos EC), la persecución como crimen de lesa humanidad (artículo 7 (2)(g) del ER y sus respectivos EC), el *apartheid* como crimen de lesa humanidad (artículo 7 (2)(i) del ER y sus respectivos EC), así como ciertos crímenes de guerra como la toma de rehenes (artículo 8.2(a)(viii) y (c)(iii) del ER y sus respectivos EC), la tortura (artículo 8.2(a)(ii) y (c)(i) del ER y sus respectivos EC), la declaración de que no habrá cuartel (artículo 8.2(b)(xii) y (e)(x) del ER y sus respectivos EC), el saqueo (artículo 8.2(b)(xvi) y 8.2(e)(v) del ER y sus respectivos EC), la prostitución forzada (artículo 8.2(b)(xxii) y (e)(vi) del ER y sus respectivos EC), la utilización de personas como escudos humanos (artículo 8.2(b)(xxiii) del ER y sus respectivos EC) y la utilización del hambre como método de guerra (artículo 8.2(b)(xxv) del ER y sus respectivos EC).

⁵⁹ Sólo de forma excepcional se prevé la comisión imprudente de un crimen de guerra, como es el caso, por ejemplo, del delito de reclutamiento o alistamiento en las fuerzas armadas o de utilización en operaciones militares de niños menores de 15 años, donde es suficiente que el autor “debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años” (artículo 8.2(b)(xxvi) y (e)(vii) del ER y sus respectivos EC).

del ER para admitirse la comisión imprudente (“hubiera debido conocer”), de manera que los superiores jerárquicos serán penalmente responsables por la falta de cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones.⁶⁰ En otras palabras, el ER considera penalmente relevante el hecho de que el superior militar afectado no haya puesto la diligencia exigible a un superior militar medio, en sus mismas circunstancias, para informarse de las actividades de sus subordinados a efecto de poder cumplir con sus deberes de prevenir y, en su caso, castigar los delitos cometidos por los mismos.⁶¹

Sorprende, sin duda, que uno de los ejemplos más sobresalientes en los que el ER admite la comisión imprudente, sea un delito de omisión pura, como es el incumplimiento del superior militar del deber de castigar a sus subordinados. Al respecto, no se puede olvidar que en los delitos de omisión pura, la imprudencia no es normalmente punible.⁶² En cualquier caso, hay que subrayar que el superior militar puede incurrir en imprudencia punible por no actuar con el cuidado exigido de un superior militar medio en sus mismas circunstancias a la hora de: 1) apreciar que sus subordinados han cometido un delito previsto en el ER (imprudencia en la apreciación de la situación típica); 2) apreciar las medidas a su alcance para cumplir con su deber de castigar (imprudencia en la apreciación de las posibilidades de intervención), o 3) la falta de cuidado en la aplicación de dichas medidas.

Pero lo que resulta singularmente llamativo es que el artículo 28(a)(i) del ER admita, en el caso de los superiores militares, la comisión por omisión imprudente del deber de prevenir cualquiera de los delitos previstos en el ER cuando, como regla general, el artículo 30 del ER únicamente considera penalmente relevante su comisión dolosa. En nuestra opinión, no se comprende bien el por qué de esta regulación, cuando el desvalor de la comisión imprudente de la inmensa mayoría de los delitos previstos en el ER no ha sido

⁶⁰ K. Ambos, “Superior Responsibility”, en A. Cassese P., J. R. Gaeta y W. D. Jones (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pp. 823-872 (p. 867).

⁶¹ En todo caso, hay que señalar que entre las especialidades recogidas en el artículo 28(2) del ER respecto de los superiores jerárquicos no militares, destaca la exclusión de la comisión imprudente en cuanto que requiere que el superior jerárquico “hubiera tenido conocimiento o deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Sobre este asunto véase W. J. Fenrick, “Article 28. Responsibility of Commanders and Other Superiors”, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1999, pp. 515- 522 (p. 520-522) y K. Ambos, *op. cit.*, pp. 823-872 (pp. 870-871).

⁶² F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal*. Parte general, Tirant lo Blanch, 1998, p. 270.

considerado lo suficientemente grave como para que sea penalmente relevante. Además, y a pesar de que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en este punto indica lo contrario,⁶³ entendemos que en los delitos que exigen en el tipo subjetivo un propósito específico o *dolus specialis*, sólo cabrá hablar de comisión por omisión del deber de prevenir del superior militar si éste último incumple tal obligación con el propósito específico requerido.

Ni siquiera la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que por lo demás es bastante menos restrictiva con la responsabilidad de los superiores militares que los artículos 86 y 87 PA I, apoyan la opción adoptada por los redactores del ER. De hecho, el artículo 28 (a)(i) del ER extiende la responsabilidad de los superiores militares al hacer caso omiso de los límites repetidamente establecidos por las sentencias de apelación en los casos Celebici, Bagilishema, Krnojelac y Blaskic. Así, en estas sentencias: 1) se rechaza la equiparación entre los estándares “tenía razón para conocer” y “hubiera debido conocer” realizada por la sentencia de primera instancia en el caso Blaskic;⁶⁴ y 2) se afirma que el estándar “tenía razón para conocer” es más

⁶³ Prosecutor vs. Radoslav Brdjanin, Decision on Interlocutory Appeal, Caso Núm. IT-99-36-A, de 19 de marzo de 2004, párrafos 5-7.

⁶⁴ Las razones dadas por la sentencia de primera instancia en el caso Blaskic, para equipar los estándares “hubiera debido conocer” y “tenía razón para conocer”, son las siguientes: “If a commander has exercised due diligence in the fulfilment of his duties yet lacks knowledge that crimes are about to be or have been committed, such lack of knowledge cannot be held against him. However, taking into account his particular position of command and the circumstances prevailing at the time, such ignorance cannot be a defence where the absence of knowledge is the result of negligence in the discharge of his duties: this commander had reason to know within the meaning of the Statute” (Prosecutor vs. Blaskic, Judgement, Caso Núm. IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000, párrafo 332).

Por su parte, la sentencia de apelación en el caso Celebici esgrime las siguientes razones para rechazar tal equiparación: “Article 7(3) of the Statute is concerned with superior liability arising from failure to act in spite of knowledge. Neglect of a duty to acquire such knowledge, however, does not feature in the provision as a separate offence, and a superior is not therefore liable under the provision for such failures but only for failing to take necessary and reasonable measures to prevent or to punish. The Appeals Chamber takes it that the Prosecution seeks a finding that “reason to know” exists on the part of a commander if the latter is seriously negligent in his duty to obtain the relevant information. The point here should not be that knowledge may be presumed if a person fails in his duty to obtain the relevant information of a crime, but that it may be presumed if he had the means to obtain the knowledge but deliberately refrained from doing so. The Prosecution’s argument that a breach of the duty of a superior to remain constantly informed of his subordinates actions will necessarily result in criminal liability comes close to the imposition of criminal liability on a strict or negligence basis. It is however noted that although a commander’s failure to remain apprised of his subordinates’ action, or to set up a monitoring system may constitute a neglect of duty which results in liability within the military disciplinary framework, it

exigente, puesto que no castiga la mera falta de diligencia en el cumplimiento del deber de informarse, sino que exige que el superior militar tenga como mínimo a su disposición información que le hubiera alertado sobre la necesidad de poner en marcha una investigación.⁶⁵

En el contexto particular de la responsabilidad de los superiores militares, las normas penales nacionales que establecen distintos grados de pena dependiendo de la comisión dolosa o imprudente del delito, si son relevantes a los efectos del análisis de admisibilidad. De hecho, el estudio de estas normas constituirá un aspecto importante del análisis de admisibilidad de los casos que tienen por objeto que los superiores militares incumplan sus deberes de prevenir o castigar.

El punto de partida será determinar si la pena impuesta por los tribunales nacionales al superior militar afectado, corresponde a una condena por incumplimiento doloso o imprudente de sus deberes de prevenir o de castigar. Si la aplicación de una pena inferior en uno o más grados es el resultado del carácter imprudente del incumplimiento, será necesario analizar si el carácter más leve de la pena impuesta podría estar justificado por el menor desvalor de la conducta imprudente. Si la respuesta es afirmativa, el paso siguiente consistirá en analizar si el establecimiento de penas inferiores en grado para las conductas imprudentes constituye o no una regla de carácter general dentro del sistema nacional de justicia penal de que se trate, y si, por tanto, se trata de una manifestación de la concepción de las normas penales, de los principios generales del Derecho Penal y de las funciones de la pena que se encuentran en la base de dicho sistema; o si, por el contrario, se trata de un fenómeno único dentro del sistema nacional analizado, que únicamente se aplica cuando los delitos previstos en el ER son cometidos por superiores militares. En opinión del autor, sólo en este último supuesto pudiera estar justificada una declaración de admisibilidad.

will not necessarily result in criminal liability” (Prosecutor vs. Zejnil Delalic *et al.*, Appeals Judgement, Caso Núm. IT-96-21-A, de 20 de febrero de 2001, párrafo 226).

⁶⁵ Véanse las sentencias de apelación en los casos Celebici (Prosecutor vs. Zejnil Delalic *et al.*, Appeals Judgement, Caso Núm. IT-96-21-A, de 20 de febrero de 2001, párrafo 241), Bagilishema (Prosecutor vs. Bagilishema, Judgement, Caso Núm. ICTR-95-01A-A, de 3 de julio de 2002, párrafo 42), Krnojelac (Prosecutor vs. Milorad Kunarac, Judgement, Caso Núm. IT-96-23 y 23/1-A, de 12 de junio de 2002, párrafo 151) y Blaskic (Prosecutor vs. Blaskic, Judgement, Caso Núm. IT-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 62). Véase también la sentencia de primera instancia en el caso Strugar (Prosecutor vs. Pavle Strugar, Judgement, Caso Núm. IT-01-42-T, de 31 de enero de 2005, párrafo 399) y el comentario de E. Carnero Rojo y F. Lagos Polas, “The Strugar Case before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol. 2, 2005, pp. 140-142.

Por otra parte, debido a que los errores de tipo son normalmente tratados en los sistemas de tradición romano-germánica como supuestos de comisión imprudente, lo que acabamos de señalar es también aplicable en buena medida a los mismos.⁶⁶ Con carácter general, se habla de *error de tipo* cuando el error del autor recae sobre uno de los elementos del tipo objetivo. Por ejemplo, un cazador dispara contra un granjero que recoge frutos silvestres entre la maleza, creyendo que se trata de un jabalí salvaje. En sistemas como el español o el alemán, este tipo de error excluye el dolo (o intención de matar) del autor. Como resultado, si el error del cazador se debe a la falta del cuidado que le era exigible en la determinación de la naturaleza de su objetivo, el cazador podrá ser con mucho responsable de un homicidio imprudente. Además, si el cazador incurrió en su error a pesar de actuar con el cuidado que le era exigible, el cazador no podrá ser considerado penalmente responsable por la muerte del granjero.⁶⁷

Este tratamiento del error de tipo tiene su origen en lo que constituye una de las piedras angulares de este grupo de sistemas nacionales de justicia penal, y que consiste en que cada elemento del tipo objetivo debe ser cubierto por el tipo subjetivo del delito de que se trate. De manera que, en tanto que el tratamiento de los errores de tipo antes descritos no se prevea exclusivamente para los delitos recogidos en el ER, sino que tenga un alcance general en el sistema nacional de que se trate, la Corte deberá respetarlo. En consecuencia, como el ER sólo admite la comisión dolosa de dichos delitos, la imposición de una pena más leve por los tribunales nacionales como resultado de una condena por comisión imprudente debido a la concurrencia de un error de tipo, no debería ser parte del análisis de admisibilidad. Por el contrario, en este tipo de supuestos, la Corte debería, a lo sumo, limitar su revisión a la comprobación de que durante el juicio oral se presentó algún elemento de prueba que no hiciera manifiestamente injustificada la declaración por los tribunales nacionales de la concurrencia de un error de tipo, lo que de acuerdo con la legislación nacional vigente resultó en la absolución por la comisión dolosa del delito.⁶⁸

⁶⁶ La definición de lo que constituye un error de tipo (o de cualquier otra circunstancia que pueda atenuar o eximir la pena) en el sistema nacional de justicia penal de que se trate, queda fuera del alcance de nuestro estudio.

⁶⁷ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *op. cit.*, p. 308.

⁶⁸ Un tanto diferente es el problema que plantean los errores de prohibición o los errores sobre los presupuestos legales de las causas de justificación. Éstos son supuestos en los que el autor no es consciente de que su conducta es constitutiva de delito, bien porque desconoce la existencia de la norma penal infringida, bien porque actúa en la creencia de que su conducta se encuentra justificada. En los sistemas de Common Law este tipo de errores son

*Variación del grado de la pena dependiendo
de la participación a título de autor
o de participe en la comisión del delito*

Ciertos sistemas nacionales de justicia penal prevén un grado superior de pena para los autores y los coautores del delito al ser considerados como directamente responsables por la violación de las normas penales, y prevén un grado inferior de pena para quienes simplemente participan en la comisión de un delito por una tercera persona (como los cómplices o los instigadores) al tener su responsabilidad penal un carácter accesorio.

El fundamento de esta distinción ha sido criticado abiertamente por un considerable número de autores, como es el caso de Fletcher, que se pregunta “why should it matter whether one is a perpetrator or an accomplice and, even more discriminatingly, whether one is a perpetrator, instigator, accessory or perpetrator by means?”⁶⁹ En realidad, son numerosos los sistemas nacionales de justicia penal (por ejemplo el francés o la mayoría de los anglosajones) que han adoptado el principio de que autores y partícipes deben ser castigados de la misma manera, porque asistir a un tercero en la comisión de un delito convierte a la persona de que se trate en un cómplice, y ser cómplice de un delito significa simplemente ser responsable del mismo.⁷⁰

normalmente irrelevantes para el Derecho Penal. En este sentido, G. P. Fletcher (*op. cit.*, p. 691) señala que: “[t]he maxim that mistakes of law do not excuse specifies a category of irrelevant mistakes even though a mistake about the legality of one’s conduct bears on whether one can be fairly blamed for violating the law. Mistakes are sometimes genuinely irrelevant to a just determination of liability and sometimes, as in many cases of mistake of law, they are deemed irrelevant for practical or utilitarian reasons. We’ll shall refer to the latter cases, where mistakes are ignored even though they bear on culpability as instances of strict liability”.

Por otra parte, en los sistemas romano-germánicos los errores de prohibición y los errores sobre los presupuestos legales de las causas de justificación atenúan la responsabilidad del autor si tienen un carácter vencible; es decir, si el autor los puede evitar actuando con el cuidado que le es exigible. Además, este tipo de errores pueden incluso constituir circunstancias eximentes de la responsabilidad penal del autor si se trata de errores invencibles (que el autor no puede evitarlos ni aunque actúe con el cuidado que le es exigible). En cualquier caso, como, salvo por un sector minoritario de la doctrina, este tipo de errores no son considerados como supuestos de comisión imprudente, sino como circunstancias que atenúan la pena (F. Muñoz Conde y M. García Arán, *op. cit.*, pp. 428-432), se les puede aplicar lo dicho sobre el papel de las circunstancias agravantes y atenuantes en el análisis de admisibilidad.

⁶⁹ G. P. Fletcher, *op. cit.*, p. 649.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 650.

Sin embargo, ciertos sistemas nacionales de tradición romano-germánica, como es el caso de España⁷¹ o de Alemania,⁷² han adoptado el principio de que autores y partícipes (o al menos cooperadores no necesarios) merecen una pena diferente. Esta distinción encuentra su fundamento en el principio de que la pena debe ser proporcional al desvalor de la conducta y al grado de culpabilidad del imputado.⁷³ De esta manera, si bien el desvalor de la conducta del autor establece *a priori* el grado máximo de la pena que ha de imponerse por el delito, el desvalor de la conducta de los partícipes no ha de ser necesariamente tan grave, y por tanto, pueden ser merecedores de una pena más leve. A esto hay que agregar, que cada una de las personas involucradas en la comisión del delito debe ser castigada de acuerdo con su propia culpabilidad.

Como consecuencia, en estos ordenamientos jurídicos, las normas que determinan cuál es el grado de la pena que es aplicable a las distintas formas de autoría o de participación en la comisión del delito, tienen un efecto directo en la pena que será impuesta en última instancia, y por tanto son relevantes para el análisis de admisibilidad por la Corte.

Sin embargo, es importante distinguir entre este tipo de normas y las que definen los conceptos de autoría mediata y coautoría, a efecto de distinguir entre autores y partícipes cuando una pluralidad de personas se encuentra involucrada en la preparación y la ejecución del delito. Este segundo tipo de normas, a pesar de su importancia en el marco de los delitos previstos en el ER⁷⁴, no forma parte de un análisis de admisibilidad que se centre en la determinación nacional de las penas.

⁷¹ Artículo 63 del Código Penal español.

⁷² Sección 27(2) del Código Penal alemán.

⁷³ G. P. Fletcher, *op. cit.*, p. 651.

⁷⁴ Una lectura cuidadosa del artículo 25(3) del ER permite tener una idea de la importancia de estas normas y de los principios que las informan. Esta disposición comienza por regular la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata (artículo 25(3)(a) del ER). A continuación recoge varias formas de participación en la comisión del delito por terceras personas (artículo 25(3)(b) y (c) del ER). Finalmente se refiere a otras formas menores de participación en la ejecución de un plan criminal común (artículo 25(3)(d) del ER) que normalmente no darían lugar a responsabilidad penal, pero que se convierten en penalmente relevantes como consecuencia de ser llevadas a cabo: 1) con la intención de ejecutar el plan criminal común, o 2) con el conocimiento de que se está asistiendo a la ejecución del plan criminal común. Por tanto, se puede afirmar que el artículo 25 (3)(d) del ER constituye una especie de disposición residual que hace penalmente relevantes ciertas formas de participación, las cuales normalmente no darían lugar a responsabilidad penal porque, objetivamente, no juegan un papel sustantivo en la comisión del delito. De esta manera, el ER se aparta de la jurisprudencia del TPIY, conforme a la cual cualquier participante en la ejecución de un plan criminal común es considerado como coautor, con independencia del grado objetivo de su contribución. Al respecto

Al margen de que la jurisprudencia de la Corte finalmente se decante o no por reflejar la distinción entre autores y partícipes en términos de pena, es importante subrayar que el análisis de admisibilidad debería, en todo caso, centrarse en un estudio intrasistémico, a efecto de determinar si se trata éste de un fenómeno que se aplica de manera general en el sistema nacional de justicia penal analizado o, por el contrario, se aplica sólo a los delitos recogidos en el ER. Además, la Corte deberá ser particularmente cuidadosa en evitar que los problemas de imputación o de prueba, que puedan resultar en sentencias manifiestamente leves en las que no se refleje la participación

consúltese la reciente decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 (esta decisión se encuentra en el anexo I [párrafo 63] de la SCP I de 24 de febrero de 2006 titulada “Decision concerning Pre Trial Chamber’s I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo”), que en su párrafo 78 señala lo siguiente: “Accordingly, in the Chamber’s view, the term “committed” in article 58(1) of the Statute includes: (i) The Commission *stricto sensu* of a crime by a person “as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible; (ii) any other forms of accessory, as opposed to principal, liability provided for in article 25(3)(b) to (d) of the Statute; (iii) an attempt to commit any of the crimes provided for in articles 6 to 8 of the Statute; (iv) direct and public incitement to commit genocide (the only preparatory act punishable under the Statute); and (v) the responsibility of commanders and other superiors under article 28 of the Statute”.

Véase también H. Olásolo y A. Pérez Cepeda, “The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakic Case”, en *International Criminal Law Review*, vol. 4, 2004, pp. 474 ss. (pp. 476-478); así como Prosecutor vs. Dusko Tadic, Appeals Chamber Judgement, Caso Núm. IT-94-1-A, de 15 de julio de 1999, párrafos 227-228; Prosecutor vs. Anto Furundzija, Appeals Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-95-17/1-A, de 21 de julio de 1998, párrafo 118; Celebici Appeal Judgement, párrafos 365-366; Krnojelac Appeal Judgement, párrafo 29; Prosecutor vs. Miroslav Kvočka *et al.*, Appeals Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafos 81-86, 91 y 97; Prosecutor vs. Zoran Kupreskic *et al.*, Trial Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-95-16-T, de 14 de enero de 2000, párrafo 772; Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez, Trial Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-95-14/2-T, de 26 de febrero de 2001, párrafo 397; Prosecutor vs. Radislav Krstic, Trial Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-98-33-T, de 2 de agosto de 2001, párrafo 601; Prosecutor vs. Miroslav Kvočka *et al.*, Trial Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-98-30/1-T, de 2 de noviembre de 2001, párrafo 265; Prosecutor vs. Milorad Krnojelac, Trial Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-97-25-T, de 15 de marzo de 2002, párrafo 81; Prosecutor vs. Mitar Vasiljevic, Trial Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-98-32-T, de 29 de noviembre de 2002, párrafo 65; Prosecutor vs. Milomir Stakic, Judgement, Caso Núm. IT-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrafo 431; y Prosecutor vs. Blagoje Simic, Miroslav Tadic and Simo Zaric, Trial Chamber Judgement, ICTY Caso Núm. IT-95-9-T, de 29 octubre de 2003, párrafo 149. Véase también Prosecutor vs. Milan Milutinovic, Nikola Šainovic and Dragoljub Ojdanic, Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, Appeals Chamber, Caso Núm. IT-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2002, párrafo 20 ss.

real del autor en la comisión del delito, sean tratados como problemas de determinación de la pena.

Del mismo modo, en supuestos de imposición a superiores jerárquicos de penas manifiestamente leves por el incumplimiento del deber de castigar a aquellos subordinados que hayan cometido delitos recogidos en el ER, la Corte debería prestar particular atención a si la levedad de la pena se debe en realidad a la conceptualización del incumplimiento como un delito de omisión pura que excluye toda responsabilidad penal del superior por los delitos cometidos por los subordinados. Esta posición que, sin ir más lejos, ha sido acogida por la sección 14 del Código Alemán de Crímenes contra el Derecho Internacional,⁷⁵ resulta en la previsión legislativa de penas sustancialmente más leves y se encuentra en clara contradicción con la posición adoptada por los tribunales *ad hoc*, de acuerdo con la cual, los superiores son castigados como responsables de los delitos cometidos por sus subordinados.⁷⁶

En este sentido, es importante subrayar que no puede haber vínculo de causalidad entre la omisión del superior jerárquico y la previa comisión del delito por su subordinado,⁷⁷ puesto que el castigo que el superior pudiera haber impuesto al subordinado no hubiera, de ninguna manera, evitado la comisión del delito. Por tanto, en opinión del autor, no cabe la comisión por omisión del superior, y la única manera de hacerlo responsable por el delito cometido por su subordinado es admitir que la figura de la responsabilidad de los superiores jerárquicos constituye un *tertium genus*, que tiene sus raíces en el Derecho Internacional, y que se distingue de los conceptos penales

⁷⁵ Conforme a la sección 14(1) del Código Alemán de Crímenes contra el Derecho Internacional, todo comandante militar o superior civil que omita informar inmediatamente de los delitos recogidos en dicho Código, que hayan sido presuntamente cometidos por sus subordinados al organismo responsable para la investigación y enjuiciamiento de los mismos, será castigado con una pena de privación de libertad de hasta cinco años. Además, conforme al artículo 13(a-d) del Código Alemán de Crímenes contra el Derecho Internacional, el incumplimiento por los comandantes militares o por los superiores civiles de su obligación de prevenir la comisión de delitos por sus subordinados constituye también un delito de omisión pura, el cual es castigado con una pena no superior a cinco años si la omisión es intencional, y no superior a tres años si la omisión es imprudente.

⁷⁶ Esta posición se encuentra íntimamente relacionada con el hecho de que los tribunales *ad hoc* no requieran ningún vínculo de causalidad entre la omisión de los superiores jerárquicos y los delitos cometidos por sus subordinados para considerar a aquéllos como penalmente responsables por los delitos cometidos por estos últimos. Véase Blaskic Appeal Judgement, párrafo 77.

⁷⁷ Hipotéticamente, este vínculo de causalidad debería consistir en la probabilidad de que la conducta típica hubiera sido evitada si el superior jerárquico hubiera castigado a los subordinados que cometieron el delito.

tradicionales de omisión pura o propia y omisión impropia o comisión por omisión.

Sólo la aplicación de este *tertium genus* permitiría declarar la responsabilidad de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados, a pesar de la inexistencia de un vínculo de causalidad entre tales delitos y la omisión de los superiores.⁷⁸ De otra manera, la omisión de los superiores debería ser considerada como un delito de omisión pura, de modo que los superiores serían únicamente responsables por el incumplimiento de su deber de castigar y no por los delitos cometidos por sus subordinados. De hecho, en opinión del autor, esta última calificación de la conducta de los superiores es la que mejor se ajusta a las exigencias del principio de culpabilidad que requiere, entre otras cosas, la determinación, con la mayor especificidad posible, del desvalor de la conducta de cada individuo y la modulación de la pena en virtud del mismo.

En cualquier caso, con independencia de la posición finalmente adoptada por la jurisprudencia de la Corte, esta última debería ser respetuosa, en la medida de lo posible, con los principios sobre los que se asientan los sistemas nacionales de justicia penal y, en particular, con un principio tan importante en los sistemas de tradición romano-germánica como es el principio de culpabilidad. Por tanto, sólo cabría pensar en una posible declaración de inadmisibilidad si el sistema nacional afectado limitase el uso de la categoría de los delitos de omisión pura a los supuestos de incumplimiento por los superiores del deber de castigar a los subordinados que hayan cometido delitos previstos en el Estatuto de Roma.

Variación del grado de la pena dependiendo de la tentativa o consumación del delito

En ciertos sistemas nacionales de justicia penal, la tentativa y la consumación del delito se castigan con la misma pena, puesto que se considera que

⁷⁸ Como la Sala de Apelaciones ha señalado recientemente en el caso Blaskic, en relación con el incumplimiento del deber de prevenir: “The Appeals Chamber is therefore not persuaded by the Appellant’s submission that the existence of causality between a commander’s failure to prevent subordinates’ crimes and the occurrence of these crimes, is an element of command responsibility that requires proof by the Prosecution in all circumstances of a case. Once again, it is more a question of fact to be established on a case by case basis, than a question of law in general” (Blaskic Appeal Judgement, párrafo 77). Lógicamente, este argumento es aplicable *ad magiorem* en los supuestos de omisión del deber de castigar, en los cuales la omisión se produce siempre después de la comisión del delito por los subordinados.

el autor tiene la misma intención de cometer el delito cuando éste se consuma que cuando el mismo no llega a consumarse por causas independientes a su voluntad.⁷⁹ Esta posición ha sido adoptada no sólo en los sistemas nacionales que acogen una concepción valorativa de las normas penales, sino también en algunos ordenamientos jurídicos que se decantan por una concepción determinativa de las mismas. Estos últimos consideran que, dado que las normas penales constituyen mandatos o prohibiciones dirigidos a la conciencia de los ciudadanos, el desvalor ocasionado por su infracción es el mismo, con independencia de que se consume o no el delito.⁸⁰

Sin embargo, existen también algunos sistemas nacionales⁸¹ que prevén una pena más leve para la tentativa que para la consumación, puesto que, si bien el análisis aislado de la acción u omisión del autor pudiera llevar a la conclusión de que su desvalor es el mismo en los supuestos de tentativa y de consumación, es evidente que finalmente el daño causado por dicha acción u omisión es inferior cuando el resultado típico no se ha producido. Por tanto, cuando se analiza en su contexto, no cabe afirmar que el desvalor de la acción u omisión del autor sea el mismo en los casos de tentativa que en los casos de consumación.

Además, ciertos ordenamientos jurídicos justifican la imposición de una pena más leve en casos de tentativa desde una perspectiva estrictamente objetiva, porque el riesgo objetivo generado por la misma para el bien jurídico protegido por la norma penal afectada es siempre inferior que el daño ocasionado a dicho bien jurídico como consecuencia de la consumación del delito.⁸²

En todo caso, con independencia de la posición finalmente adoptada por la jurisprudencia de la Corte, es importante subrayar la necesidad de que la Corte respete en la medida de lo posible los principios generales que informan los sistemas nacionales de justicia penal, y aunque ello pueda resultar en la imposición por los tribunales nacionales de penas más leves en caso de tentativa. Por tanto, todo análisis de admisibilidad que remarque la determinación nacional de las penas, debería centrarse en estudiar desde un punto de vista intrasistémico si la mayor levedad de la pena en caso de tentativa se aplica de manera general en el sistema nacional analizado o, por el contrario, se trata de un fenómeno exclusivamente circunscrito a los delitos recogidos en el Estatuto de Roma.

⁷⁹ M. Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 591.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 592.

⁸¹ Véanse la sección 30(1) del Código Penal alemán o el artículo 62 del Código Penal español.

⁸² M. Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 592.

El concurso de delitos

El problema de la determinación legislativa de las penas es particularmente complejo en los supuestos en los que una acción causa más de un delito o en los que una sola persona comete varios delitos.⁸³ Numerosos sistemas nacionales consideran que si la persona que menoscaba uno de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal es merecedora de una pena, quien afecta a varios de estos bienes jurídicos debe estar sujeto a una pluralidad de penas. Además, si como ocurre con la privación de libertad, no es posible cumplir más de una pena al mismo tiempo, el autor debería cumplir primero la pena más grave y posteriormente el resto. Por su parte, ciertos ordenamientos jurídicos entienden que no es razonable ni útil mantener a un individuo en prisión indefinidamente y, por ello, aceptan el establecimiento de ciertos límites a la acumulación de penas.

El concurso de delitos constituye en última instancia una manera de resolver un problema de determinación legislativa de la pena. Tradicionalmente, se ha distinguido entre los supuestos en los que una sola acción provoca una pluralidad de delitos y los casos en los que una misma persona comete diversos delitos mediante la realización de acciones u omisiones varias. Una variante adicional del concurso de delitos se puede encontrar en la noción de delito continuado, la cual no es sino una ficción jurídica originalmente creada para beneficiar al condenado, mediante el tratamiento como un único delito de una pluralidad de delitos, cuyas penas en principio debieran haberse acumulado.⁸⁴

Las reglas sobre el concurso de delitos, además de resolver un problema de determinación legislativa de la pena, se encuentran íntimamente ligadas a ciertos principios generales que informan los sistemas nacionales de justicia penal. De hecho, la necesidad de establecer ciertos límites a la acumulación indefinida de las penas es un imperativo derivado de la función resocializadora de la pena, la cual ve como irracional e inútil el mantenimiento en prisión de un individuo de manera indefinida. En consecuencia, cualquier análisis de admisibilidad que estudie las normas sobre el concurso de

⁸³ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *op. cit.*, pp. 511-512, y G. Quintero Olivares, *op. cit.*, pp. 747-748.

⁸⁴ En principio, el concepto de delito continuado requiere que se cumplan al menos los tres requisitos siguientes: 1) la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones típicas, cada una de las cuales constituye en sí misma un delito; 2) la existencia de un plan o el hecho de que el autor se aprovechara de ciertas circunstancias similares para cometer los delitos, y 3) la sucesiva violación de una misma norma penal o de varias normas penales que protegen bienes jurídicos homogéneos (F. Muñoz Conde y M. García Arán, *op. cit.*, pp. 519-520).

delitos, debería centrarse en un análisis intrasistémico de su aplicación que permita respetar, en la medida de lo posible, los principios generales que constituyen el fundamento último de dichas normas.

*La determinación judicial de las penas
como objeto del análisis de admisibilidad*

En la fase de determinación judicial de la pena, el órgano judicial competente concreta la pena que impone al autor dentro del grado previsto por la legislación nacional vigente. Es en esta fase cuando el poder discrecional de los órganos judiciales entra en acción, a lo que hay que añadir las importantes implicaciones de política criminal que tienen las decisiones adoptadas en esta etapa, puesto que toda decisión que haga hincapié en la función retributiva, preventiva o resocializadora de la pena, tiene claras implicaciones ideológicas.

El recurso a la discreción judicial en la determinación de la pena es algo inevitable, y constituye una característica común de los distintos sistemas nacionales de justicia penal. Sin embargo, al margen del alcance de la discreción conferida a los órganos judiciales competentes, lo que realmente varía entre los distintos ordenamientos jurídicos son los principios que informan el ejercicio de dicha discreción, los cuales se encuentran estrechamente vinculados a las opciones de política criminal sobre la que se construyen los respectivos sistemas.

Por ejemplo, en cierto número de sistemas nacionales la discreción judicial se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad, el cual opera no sólo en la determinación legislativa de la pena, sino también en la determinación judicial de la misma dentro de los grados establecidos por la ley.⁸⁵ Además, ciertos ordenamientos jurídicos prohíben la agravación de la pena por razones de prevención general o especial. En consecuencia, las condiciones personales del condenado, sus antecedentes penales o cualquier otra característica que pueda revelar un cierto grado de peligrosidad por encima de la media, si bien pueden impedir la atenuación de la pena o la aplicación de penas alternativas, no pueden justificar un incremento de la pena.⁸⁶

Entre el conjunto de principios que informan el ejercicio de la discreción judicial destaca como elemento común a numerosos sistemas nacionales, el establecimiento de circunstancias agravantes y atenuantes de la pena, las

⁸⁵ G. Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 715.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 714-715.

cuales normalmente consisten en circunstancias contextuales que rodean la comisión del delito, o en circunstancias que influyen en la condición del autor en el momento de su comisión.

Si bien no siempre se manifiestan, con nitidez, los fundamentos de las circunstancias agravantes y atenuantes se encuentran estrechamente vinculados con los principios generales que informan los sistemas nacionales de justicia penal, puesto que se refieren a circunstancias que, sin alterar la existencia del delito, afectan a la gravedad del delito o a la culpabilidad del autor. Así, en buen número de ordenamientos jurídicos, su definición y su valor jurídico se encuentran íntimamente vinculados al principio de proporcionalidad, el cual no sólo es aplicable en la fase de determinación legislativa de la pena sino también en la fase de determinación judicial. Además, la definición y el valor jurídico de las circunstancias agravantes también se encuentran directamente relacionados con las distintas posiciones adoptadas por los sistemas nacionales, respecto al incremento de la pena por razones de prevención general o especial.

Como resultado del establecimiento de principios que informan el ejercicio de la discreción judicial, el papel que corresponde a las motivaciones personales de los jueces en la determinación de las penas se ve notablemente reducido. Esto no quiere decir, sin embargo, que las mismas no tengan función alguna, si bien su influencia varía en virtud de la especificidad y del carácter vinculante de los principios informadores establecidos por el legislador. Además, cada sistema nacional tiene sus propios mecanismos para minimizar los riesgos derivados del papel conferido a las motivaciones personales de los jueces en la determinación de las penas. Estos mecanismos van desde el establecimiento de rigurosos procesos de revisión de las penas impuestas a los condenados, hasta la definición de grados de pena menos amplios y la previsión de criterios vinculantes para la determinación judicial de la pena dentro del grado que corresponda.

En opinión del autor, cualquier análisis de admisibilidad que haga hincapié en la determinación judicial de las penas en el ámbito nacional, debería ser particularmente respetuoso con los criterios vinculantes al ejercicio de la discreción judicial, mismos que se encuentran íntimamente ligados con las opciones últimas de política criminal adoptadas por el ordenamiento jurídico de que se trate.

Sin embargo, lo mismo no puede afirmarse en relación con el papel que las motivaciones personales de los jueces desempeñan en la determinación judicial de las penas. Es precisamente en este ámbito donde, en opinión del autor, el análisis de admisibilidad debiera poner su acento y donde, en con-

secuencia, el margen de apreciación atribuido a los órganos jurisdiccionales nacionales debería ser más limitado. En consecuencia, se puede afirmar que las sentencias en las que, a la luz de la práctica jurisprudencial del sistema nacional afectado, las motivaciones personales de los jueces parezcan haber ejercido un papel inusualmente destacado, son sin duda las principales candidatas para ser el objeto de una declaración de admisibilidad por parte de la Corte.

En realidad, son precisamente los argumentos utilizados para sustentar este tipo de sentencias los que mejor pueden ser analizados a la luz de los criterios previstos en los artículos 17(1)(c) y (2) y 20(3) del ER, es decir: 1) que la pena impuesta responda “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”, y 2) que la pena no haya sido impuesta de manera independiente o imparcial, ni sea compatible con la intención de someter a la persona de que se trate a la acción de la justicia.

LA IRRELEVANCIA DE LA DETERMINACIÓN EJECUTIVA DE LAS PENAS A LOS EFECTOS DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

Como hemos señalado, durante la fase de su ejecución, las penas impuestas por los tribunales nacionales pueden experimentar ciertas modificaciones debido a las decisiones tomadas por las autoridades penitenciarias. Este fenómeno denominado *determinación ejecutiva de las penas*, se produce mediante la aplicación de una serie de disposiciones legales que permite reducir el tiempo que ha de permanecerse en prisión, autorizar la excarcelación diurna o conceder la libertad condicional. Entre estas medidas, sin duda, la más extrema y al mismo tiempo la más controvertida, es la concesión de perdones administrativos.

La cuestión que se plantea, entonces, es la relevancia de la determinación ejecutiva de las penas en el análisis de admisibilidad de la Corte. La respuesta a esta pregunta depende de si la aplicación del principio de complementariedad se extiende o no a la fase de ejecución de la pena.

Desde una perspectiva temporal, los negociadores tuvieron que decidir entre una configuración estática y una configuración dinámica del principio de complementariedad. Según la configuración estática, el principio de complementariedad operaría sólo hasta el momento en que o las jurisdicciones nacionales o la Corte comenzasen sus actuaciones sobre una situa-

ción de crisis o caso determinado. Por tanto, dada la definición negativa de los supuestos previstos en el artículo 17(1)(a-c) del ER, la Corte y las jurisdicciones nacionales se encontrarían en pie de igualdad, y quien primero iniciase sus actuaciones adquiriría jurisdicción exclusiva sobre la situación de crisis o caso del que se tratase.

Frente a esta configuración estática aparece la configuración dinámica del principio de complementariedad, conforme a la cual su ámbito de aplicación podría extenderse mientras las jurisdicciones nacionales o la Corte ejercitaran sus respectivas potestades de investigación, ejercicio de la acción penal, declaración de la responsabilidad penal individual derivada del ER y ejecución de la pena.

La solución finalmente adoptada por los negociadores en los artículos 15(4), 17, 18, 19 y 20 y 53(1) del ER, recoge una configuración dinámica del principio de complementariedad, que se extiende a las actividades de investigación, ejercicio de la acción penal y declaración de la responsabilidad penal individual derivada del ER, desarrolladas tanto por las jurisdicciones nacionales como por la Corte, pero que excluye la fase de ejecución de la sentencia firme condenatoria. En consecuencia, pronunciada la sentencia firme por la Corte, esta última asume la jurisdicción exclusiva respecto a su ejecución e impide toda actuación de las jurisdicciones nacionales en los delitos objeto de la misma (artículo 20(2)). Asimismo, pronunciada la sentencia firme en un Estado, éste adquiere también jurisdicción exclusiva acerca de su ejecución, siempre y cuando la Corte no declare la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 20(3) del Estatuto de Roma.

La solución adoptada por el ER en este punto nos parece la más adecuada. Así, la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado inevitablemente problemas de *ne bis in idem*; o la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución iría acompañada del reconocimiento automático de las sentencias dictadas por las jurisdicciones nacionales a los efectos de su ejecución por la Corte, o la Corte debería proceder a un nuevo enjuiciamiento de los hechos objeto de las sentencias firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales (y en las que además no concurren de las circunstancias previstas en el artículo 20(3) del ER) antes de proceder a la ejecución de la sentencia firme dictada por la propia Corte. De esta manera, unos mismos hechos serían enjuiciados en dos ocasiones y podrían dar lugar a dos sentencias firmes contradictorias: una dictada por los tribunales nacionales y otra por la Corte.

En este sentido hay que señalar que es cierto que el principio *ne bis in idem* contenido en el artículo 14(7) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ha sido tradicionalmente interpretado como limitado a las actuaciones penales desarrolladas en una misma jurisdicción. Pero también es cierto que el grado de garantías que el principio *ne bis in idem* ofrece en el artículo 10 del estatuto del TPIY, en el artículo 9 del estatuto del (TPIR) y en el artículo 20 del ER, es superior al tradicionalmente ofrecido por el artículo 14(7) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.⁸⁷

Pero además, la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado que la actividad de la Corte en la ejecución de sus sentencias firmes se hubiera visto archivada provisionalmente a consecuencia de las investigaciones y enjuiciamientos de los estados en relación a los hechos objetos de dichas sentencias firmes. Al respecto, no podemos olvidar que el carácter dinámico del principio de complementariedad actúa en un doble sentido, en cuanto que afecta no sólo a las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, sino también a las de la Corte.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la potestad de indultar forma parte del contenido más íntimo de la soberanía de un Estado y que, además, la extensión del carácter dinámico del principio de complementariedad a la fase de ejecución sería de muy difícil aplicación práctica. Téngase en cuenta que sólo una minoría de estados autoriza el juicio en ausencia respecto a crímenes de la gravedad prevista en el ER. Por tanto, es de suponer que el Estado que dicte sentencia firme y posteriormente indulte a sus autores, sea el Estado en cuyo territorio se encuentran los inculpados. De esta manera sería difícil que dicho Estado, aunque estuviera obligado a ello por construir un Estado Parte del ER, estuviera dispuesto a entregarlos a la Corte, máxime no previéndose en el ER sanción alguna para los casos de incumplimiento de las obligaciones de cooperación con la Corte.

Por consiguiente, creemos que la mejor manera de abordar el problema de los indultos a los autores de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”, es mediante el establecimiento en el propio ER, por un lado, de una inequívoca obligación de ejecución de las condenas firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales contra los autores de estos delitos, y, por otro lado, el establecimiento de un régimen de

⁸⁷ Al respecto, véase John R. W. D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2a. ed., Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, Nueva York, 2000, pp. 151-154 y 504-505.

sanciones para el caso de su incumplimiento, hecho similar al previsto en el artículo 112(8) del ER para los supuestos de incumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones de financiación de la Corte (suspensión automática de sus derechos políticos en la organización internacional).

Distinto es el supuesto de las leyes de amnistía que, por su misma naturaleza, resultarían, bien en la inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales, cuando no fueren acompañadas de una “comisión de la verdad”, bien en su inacción *a posteriori* tras completarse la investigación que se pueda desarrollar mediante una “comisión de la verdad”. Por tanto, en nuestra opinión, las leyes de amnistía que no sean acompañadas por el establecimiento de comisiones de la verdad no impedirán, de ninguna manera, la actuación de la Corte en la situación de crisis a que se refieran.

Por su parte, en el caso de las leyes de amnistías acompañadas del establecimiento de comisiones de la verdad, las investigaciones realizadas por dichas comisiones sólo impedirían la actuación de la Corte si se considera que: 1) su desarrollo no está motivado por el propósito de sustraer a las personas de su responsabilidad penal; y 2) son sustanciadas de manera independiente o imparcial o de una forma compatible, con la intención de hacer comparecer a las personas de que se trate ante la justicia. Además, en todo caso, terminada la investigación realizada por las comisiones de la verdad, y presentado su informe, desaparecería todo impedimento derivado del principio de complementariedad para la actuación de la Corte, en cuanto que, habiendo sido obtenidos indicios razonables de culpabilidad contra los presuntos autores de los delitos previstos en el ER, las leyes de amnistía impedirían a las jurisdicciones nacionales proceder a su enjuiciamiento.

Otra cosa sería que la promulgación de una ley de amnistía acompañada de la creación de una comisión de la verdad pudiera evitar la actuación de la Corte sobre la situación de crisis objeto de la misma, porque conforme al artículo 53(1)(c) del ER y la RPP 104, dicha actuación no redundaría en el interés de la justicia. Ahora bien, en este caso nos encontraríamos con el ejercicio del principio de oportunidad política por el órgano competente de la Corte, y nada tendría que ver con el principio de complementariedad.

De cualquier modo para los efectos de nuestro estudio, es importante subrayar que, al no extenderse la aplicación del principio de complementariedad a la fase de ejecución de la pena,⁸⁸ se puede afirmar que la determinación ejecutiva de las penas en el ámbito nacional es irrelevante desde la perspectiva del análisis de admisibilidad.

⁸⁸ *Idem*. Véase también H. Olásolo, *op. cit.*, 2005, pp. 162-163.

ADENDUM. EL DISTINTO ENFOQUE EN EL ESTUDIO
DE LA DETERMINACIÓN NACIONAL DE LAS PENAS
EN LOS ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD
DE SITUACIONES Y DE CASOS

La Corte ejercita su primacía material sobre las jurisdicciones nacionales, y por tanto lleva a cabo un análisis de complementariedad en las distintas actuaciones procesales previstas en el Estatuto de Roma.

Esto conlleva que sean situaciones de crisis definidas en abstracto por parámetros temporales, territoriales y/o personales⁸⁹ (como por ejemplo, el conflicto armado que asoló el territorio de la Antigua Yugoslavia a partir de 1991 o la situación de crisis provocada por las graves violaciones del Derecho Internacional humanitario, que se produjeron en el territorio de Ruanda y los estados fronterizos, desde el 6 de abril de 1994 hasta principios de julio de ese mismo año) las que sean objeto de los análisis de admisibilidad realizados: 1) en el marco del proceso de activación (también conocido como de apertura de una investigación), conforme a los artículos 15(3) y (4), 18(2), 53(1) y 82(1)(a) del ER,⁹⁰ o 2) durante la fase de investigación de una situación de acuerdo con los artículos 19(11) y 53(2)(b) del Estatuto de Roma.⁹¹

Por otra parte, serán casos definidos por incidentes concretos, en los que

⁸⁹ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6, emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 17 de enero de 2006 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf), párrafos 65-66. Véase también H. Olásolo, *op. cit.*, 2005, pp. 125-126.

⁹⁰ M. C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003, pp. 518-519; W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2004, pp. 125-126; C. K. Hall, "Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court or the Admissibility of a Case", en O. Triffterer, (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 405-418 (p. 407); M. M. El Zeidy, "The Ugandan Government Triggers the First Tests of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State's Party Referral to the ICC", en *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 83 ss. (p. 110), y H. Olásolo, "The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor", en *International Criminal Law Review*, vol. 5, pp. 121 ss (p. 123).

⁹¹ Como C. K. Hall, (*op. cit.*, pp. 405-418 [p. 418]) ha señalado: "Paragraph 11 appears to address a voluntary deferral by the Prosecutor of an investigation based on article 18 paragraph 2 or a suspension of an investigation pursuant to paragraph 7 after an admissibility challenge".

aparentemente se hayan cometido uno o varios delitos recogidos en el ER (por ejemplo, el ataque de las fuerzas bosnio-croatas contra las aldeas de mayoría bosnio-musulmana ubicadas en el valle del río Lasva, en Bosnia Central, entre el 16 y el 20 de abril de 1993, o los abusos contra la población civil realizados por miembros del Frente Unido Revolucionario durante la toma de Freetown el 1 de enero de 1999), los que sean objeto de los análisis de admisibilidad que tendrán lugar una vez que se inicia formalmente el proceso penal ante la Corte, mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia.⁹²

Por otro lado, si bien los artículos 17 y 20(3) del ER prevén la aplicación de dichos criterios para realizar los análisis de admisibilidad de situaciones y de casos, la manera en que se apliquen esos criterios no puede ser la misma cuando el acento del análisis de admisibilidad se pone en la determinación nacional de las penas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos en una determinada situación de crisis, que cuando dicho acento se concentra en la determinación nacional de las penas en un caso concreto. De hecho, si bien el estándar de revisión no tiene por qué ser necesariamente distinto,⁹³ el grado de escrutinio de las actuaciones nacionales en el análisis de admisibilidad de casos será sustancialmente superior.

Este fenómeno se reconoce mediante el uso de la expresión “preliminar” en el encabezado del artículo 18 del ER. En opinión del autor, con el uso de esta expresión se reconoce que, como el objeto del análisis de admisibilidad en el artículo 18 del ER es una situación de crisis, el escrutinio de la determinación de las penas impuestas en el ámbito nacional, en relación con los delitos cometidos en dicha situación, no puede ser tan detallado como cuando el análisis de admisibilidad se centra en un “caso” concreto. En otras palabras, hipotéticamente, el escrutinio de la(s) pena(s) impuesta(s) por los tribunales croatas en relación con los delitos presuntamente cometidos por Darío Kordic, en el marco del ataque bosnio-croata contra las aldeas bosnio-musulmanas del valle del río Lasva (Bosnia Central) entre el 16 y el 20 de abril de 1993, no puede ser el mismo cuando: 1) el objeto del análisis de admisibilidad se extiende a todas las penas impuestas por los tribunales

⁹² H. Olásolo, *op. cit.*, 2003, pp. 112-113.

⁹³ X. Aguirre, A. Cassese, R. E. Fife, H. Friman, C. K. Hall, J. T. Holmes, J. Kleffner, H. Olásolo, N. H. Rashid, D. Robinson, E. Wilmshurst y A. Zimmermann, *Informal Experts Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, 2003 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf>), p. 16. Ninguna disposición del ER prevé el estándar de revisión aplicable al analizar la admisibilidad de una situación o de un caso. Por tanto, corresponderá a la Sala de Cuestiones Preliminares y a la Sala de Apelaciones determinar cuál es el estándar aplicable.

croatas con respecto a delitos presuntamente cometidos en la situación del conflicto armado existente en la antigua Yugoslavia entre 1991 y 1995, o 2) cuando el objeto del análisis de admisibilidad se extiende únicamente a la(s) pena(s) impuesta(s) a Darío Kordic por los tribunales croatas con respecto a los delitos presuntamente cometidos durante el ataque bosnio-croata en el valle del río Lasva entre el 16 y el 20 de abril de 1993.⁹⁴

En este sentido, es importante subrayar que un análisis de admisibilidad que hace hincapié en la determinación nacional de las penas, en relación con una determinada situación de crisis, exigirá como mínimo la revisión de las penas impuestas a los últimos responsables de la comisión sistemática o generalizada en dicha situación de delitos previstos en el ER. Así, conforme a la reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 10 de febrero de 2006, esto significaría fiscalizar las penas impuestas a los líderes de la más alta esfera de cualquiera de los grupos involucrados en la situación bajo investigación, que sean sospechosos de encontrarse entre los máximos responsables de las actividades criminales cometidas en dicha situación, como consecuencia de su participación personal o la del grupo que dirige.⁹⁵

Por su parte, a los efectos de llevar a cabo un análisis de admisibilidad centrado en la determinación nacional de las penas en relación con un determinado caso, la Corte deberá limitar su actuación en la revisión de la(s) pena(s) impuesta(s) contra la persona afectada por los hechos que se le imputan en el proceso penal abierto ante la Corte.

⁹⁴ El diferente objeto del análisis de admisibilidad de una situación y del análisis de admisibilidad de un caso, así como el diferente grado de escrutinio de las actuaciones nacionales exigido por dichos análisis, impide que las decisiones sobre la admisibilidad de una determinada situación produzcan eficacia de cosa juzgada en relación con la admisibilidad de cualquiera de los casos derivados de su investigación. Sobre esta cuestión véase H. Olásolo, *op. cit.*, 2005, pp. 44-45.

⁹⁵ Véase el Anexo I (párrafo 63) respecto de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 24 de febrero de 2006, titulada “Decision concerning Pre Trial Chamber’s I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo”, y H. Olásolo, *op. cit.*, 2005, p. 183.

CUESTIONES
SUSTANTIVAS

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

INTRODUCCIÓN¹

LA EXIGENCIA de la predeterminación normativa de las conductas que dan lugar a responsabilidad penal individual recogida en la máxima *nullum crimen sine lege*, es manifestación de la dimensión sustantiva del principio de legalidad penal que pretende someter el ejercicio del *ius puniendi* del Estado o de la Comunidad Internacional a la garantía de la seguridad jurídica que constituye elemento esencial de los derechos fundamentales de toda persona humana.² De esta manera, el Estado o la Comunidad Internacional no pueden ir más allá de lo que les permiten las normas penales en ejercicio de su potestad punitiva.³

En el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales el principio de legalidad penal en general, y su manifestación recogida en la máxima *nullum crimen sine lege* en particular, conllevan una garantía formal añadida que consiste en la exigencia de que las conductas ilícitas sean preestablecidas mediante normas que tengan el rango formal de ley y que sólo puedan ser dictadas por el Poder Legislativo.⁴ Con ello se excluye la criminalización de conductas mediante otras fuentes de Derecho no escritas que ofrecen menos garantías desde las perspectivas de la especificidad y la previsibilidad, como son la costumbre o los principios generales del Derecho.

¹ Publicado en *Iustel Penal*, Madrid, vol. 5, mayo de 2006, pp. 1-17.

² G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal*. Parte general, 3a. ed., 2002, p. 68.

³ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal*. Parte general, 3a. ed., 1998, p. 107.

⁴ *Ibidem*, p. 112.

Ahora bien, debido a la tradicional reticencia de los estados a tipificar mediante tratados internacionales los comportamientos que más gravemente menoscaban los valores sobre los que cimienta la Comunidad Internacional, la costumbre internacional ha tenido tradicionalmente un papel particularmente relevante como fuente de Derecho Penal Internacional,⁵ como lo demuestra, sin ir más lejos, el proceso de tipificación de los llamados delitos contra la humanidad. Sobre la base de esta tendencia se elaboraron, tras la Segunda Guerra Mundial, los estatutos de los tribunales de Núremberg⁶ y Tokio,⁷ y más recientemente los estatutos de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia⁸ y Ruanda⁹ (en adelante TPIY y TPIR), conocidos también como tribunales *ad hoc*. De esta manera, la dicotomía entre el Derecho Penal de numerosos sistemas nacionales y el Derecho Penal Internacional, en relación con las fuentes de Derecho que son aptas para cumplir con las exigencias derivadas del principio de legalidad y de la máxima *nullum crimen sine lege*, es manifiesta.

Será hasta la reciente aprobación del Estatuto de Roma (en adelante ER) de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) cuando se implementó el primer esfuerzo serio por acabar con la mencionada dicotomía. Ahora bien, este esfuerzo por acercar las posiciones tradicionales del Derecho Penal y del Derecho Penal Internacional no siempre se ha encontrado acompañado por las decisiones de la Sala de Apelaciones, común a los

⁵ Conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del Derecho Internacional son las siguientes: 1) los tratados internacionales, ya sean generales o particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los estados que las suscriben; 2) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; 3) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y 4) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

⁶ Véase *Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis*, de 8 de agosto de 1945, United Nations Treaty Series (UNTS), vol. 82, pp. 279 ss. (incluye el Estatuto del Tribunal Militar Internacional con sede en Núremberg).

⁷ Véase *Special Proclamation: Establishment of an International Military Tribunal for the Far East*, de 19 enero de 1946, Treaties and Other International Act Series (TIAS), núm. 1589, p. 3 ss.; reproducida en R. H. Minear, *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, 1991, pp. 185-199 (incluye el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente con sede en Tokio).

⁸ Véase la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se establece el TPIY y se aprueba su estatuto, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), de 25 de mayo de 1993.

⁹ Véase la Resolución 855 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se establece el TPIR y se aprueba su estatuto, U.N. Doc. S/RES/855 (1994), de 8 de noviembre de 1994.

tribunales *ad hoc* (en adelante “Sala de Apelaciones”), que en los últimos tiempos han llegado incluso a reivindicar el papel exclusivo de la costumbre internacional como única fuente de Derecho Penal Internacional aplicable por los tribunales *ad hoc*.

EL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN SINE LEGE*
EN EL ESTATUTO DE LOS TRIBUNALES *AD HOC*

A diferencia de la CPI, los TPIY y TPIR fueron creados con posterioridad a la comisión de una gran parte de los delitos sobre los que tienen jurisdicción. Como resultado, sus respectivos estatutos no contienen normas de naturaleza penal que tipifiquen comportamientos específicos, sino que incluyen sólo disposiciones de naturaleza procesal que les atribuyen jurisdicción material sobre delitos preexistentes en virtud del Derecho Internacional. En este contexto, el cumplimiento de las exigencias del principio *nullum crimen sine lege* como manifestación del principio de legalidad penal se convierte en una cuestión particularmente relevante. Sin embargo, a pesar de su relevancia, los estatutos de los TPIY y TPIR no contienen ninguna referencia expresa a dicho principio. Además, su construcción jurisprudencial por la Sala de Apelaciones, que incluye a su vez el contenido del principio de irretroactividad de las normas penales, no se encuentra ni mucho menos finalizada debido a las importantes variaciones que ha sufrido en los últimos años.

El problema más importante al que los tribunales *ad hoc* se han enfrentado en relación con el principio *nullum crimen sine lege* se refiere a la determinación de las fuentes de Derecho Penal Internacional que son relevantes a los efectos de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas de dicho principio. En última instancia, la cuestión se circunscribe a determinar si, además de la costumbre internacional, el Derecho Internacional convencional también debe tenerse en cuenta al realizar el mencionado análisis.

El punto de partida para responder a esta cuestión es el informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre la creación del TPIY. Allí el secretario general señala que el estatuto del TPIY no pretende crear nuevos delitos y que la tarea del TPIY debe ser aplicar el Derecho Internacional humanitario preexistente,¹⁰ lo que incluiría tanto los usos y costumbres de la

¹⁰ *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993)*, S/25704, de 3 de mayo de 1993, párrafo 29.

guerra como el Derecho convencional.¹¹ Sin embargo, en el mismo informe, el secretario general añade que, para evitar cualquier problema derivado de la falta de adhesión de algunos estados a ciertos tratados internacionales, el principio *nullum crimen sine lege* requeriría que el tribunal internacional aplicase aquellas normas del Derecho Internacional humanitario sobre las que no cabe duda de su naturaleza consuetudinaria.¹²

La Sala de Apelaciones definió por primera vez el contenido del principio *nullum crimen sine lege* en su decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadic*. La cuestión abordada en aquella decisión consistía en determinar si, sobre la base del artículo 3 de su estatuto, que se refiere genéricamente a las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, se puede considerar que el TPIY tiene jurisdicción sobre aquellas otras violaciones del Derecho Internacional humanitario que no constituyan infracciones graves de los Convenios de Ginebra.¹³

La Sala de Apelaciones respondió a esta cuestión afirmando que tanto la costumbre internacional como el Derecho convencional son fuentes del Derecho Penal Internacional relevantes a los efectos de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio *nullum crimen sine lege*. Al justificar la relevancia del Derecho convencional, la Sala de Apelaciones señaló que la única razón para que los redactores del estatuto del TPIY remarcaran la aplicación del Derecho consuetudinario es evitar la violación del principio *nullum crimen sine lege* en aquellos supuestos en que alguna de las partes en conflicto no sea parte del tratado internacional de que se trate.¹⁴ En consecuencia, la Sala de Apelaciones concluyó que el TPIY se encuentra también legitimado para aplicar el Derecho convencional cuando concurren las siguientes condiciones: 1) la adhesión de todas las partes en conflicto al tratado internacional de que se trate en el momento en que se produzcan los hechos presuntamente constitutivos de delito, y 2) la compatibilidad entre el contenido de las normas convencionales de que se trate y las normas internacionales de *ius cogens*, entre las que se encuentra la mayoría de los usos y costumbres de la guerra.¹⁵

¹¹ *Ibidem*, párrafo 33.

¹² *Ibidem*, párrafo 34.

¹³ Las infracciones graves a los Convenios de Ginebra se recogen en el artículo 2 del estatuto del TPIY.

¹⁴ *Decision (Appeals Chamber) on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor vs. Dusko Tadic*, TPIY Caso Núm. IT-94-1-T, de 2 de octubre de 1995 (en adelante, decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadic*), párrafo 143.

¹⁵ *Idem*.

En la misma decisión, la Sala de Apelaciones estableció cuatro presupuestos que deben cumplirse para que el TPIY tenga jurisdicción sobre violaciones del Derecho Internacional humanitario, que no constituyan infracciones graves de los Convenios de Ginebra. En primer lugar, una norma de Derecho Internacional humanitario debe haber sido violada. En segundo lugar, dicha norma ha de tener un carácter consuetudinario o si tiene un carácter convencional debe cumplir las dos condiciones arriba mencionadas. En tercer lugar, la violación deber ser grave en cuanto afecte a una norma que protege bienes jurídicos importantes y ocasione graves consecuencias para las víctimas. Finalmente, la violación debe dar lugar a responsabilidad penal internacional de acuerdo con la costumbre internacional o con los tratados internacionales aplicables.¹⁶

La jurisprudencia de la Sala de Apelaciones en esta materia ha experimentado, sin embargo, variaciones significativas en los últimos dos años. Así, la Sala de Apelaciones ha acogido últimamente una interpretación más restrictiva del principio *nullum crimen sine lege* que excluye la aplicación del Derecho convencional. Este cambio jurisprudencial se dejó entrever en la decisión interlocutoria en el caso Strugar, en relación con los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles,¹⁷ y se manifestó, por primera vez, con toda claridad, en la decisión sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic.¹⁸ Posteriormente, se ha visto confirmado en la decisión sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic.¹⁹

Esta nueva interpretación del principio *nullum crimen sine lege* se fundamenta en el informe del secretario general de las Naciones Unidas, que a juicio de la Sala de Apelaciones deja claro que el TPIY sólo puede aplicar las

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 94.

¹⁷ *Decision on Interlocutory Appeal, The Prosecutor vs. Pavle Strugar et al.*, Sala de Apelaciones, TPIY Caso Núm. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002, párrafos 9, 10 y 13.

¹⁸ *Decision on Dragoljub Ojdanic' Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, The Prosecutor vs. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, Sala de Apelaciones, TPIY Caso Núm. IT-99-37-AR72, 21 de mayo de 2003 (en adelante, decisión sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic), párrafo 9.

¹⁹ *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, The Prosecutor vs. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Sala de Apelaciones, TPIY Caso Núm. 01-47-AR 72, de 16 de julio de 2003 (en adelante, "decisión sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic"), párrafo 32.

normas del Derecho Internacional humanitario sobre las que no hay duda de su carácter consuetudinario. De esta manera, para la Sala de Apelaciones el alcance de la jurisdicción material del TPIY viene establecido, por un lado, por su estatuto y, por otro lado, por el Derecho consuetudinario. Así, el TPIY sólo puede conocer de hechos que en el momento de producirse fuesen constitutivos de delito conforme a la costumbre internacional.²⁰

El tiempo dirá cuáles son las consecuencias del impacto de este cambio en la construcción jurisprudencial del principio *nullum crimen sine lege*. Mientras tanto, se puede afirmar que no tendrá consecuencia alguna en ciertas áreas como, por ejemplo, en relación con la inclusión dentro de la jurisdicción material del TPIY, conforme al artículo 3 de su estatuto, de las infracciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.²¹ Sin embargo, lo mismo no puede afirmarse con respecto a otros delitos, como por ejemplo, el delito de infligir terror a la población civil, cuya tipificación, de acuerdo con la sentencia de primera instancia en el caso Galic,²² tiene una naturaleza convencional y se encuentra en particular recogida en el artículo 51 del Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra, que al tiempo de producirse el sitio de Sarajevo había sido ratificado por todas las partes en conflicto.

Esta nueva interpretación jurisprudencial del principio *nullum crimen sine lege* aleja todavía más las disciplinas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Penal. Así, por un lado, la Sala de Apelaciones no parece atribuir ningún valor a la posible criminalización de conductas mediante un tratado internacional, y ello aunque el tratado de que se trate sea compatible con las normas internacionales de *ius cogens* y sea vinculante para todas las partes en conflicto en el momento de producirse los hechos presuntamente constitutivos de delito. Mientras que, por otra parte, numerosos ordenamientos jurídicos nacionales no aceptan la costumbre como fuente de

²⁰ Decisión sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 9.

²¹ Decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo 134. Véase también, S. Lamb, "Nullum Crimen sine Lege", en A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, (coords.), *The Rome Statute for an International Criminal Court. A commentary*, 2001, pp. 733-766, p. 742.

²² *Judgement and Opinion (Trial Chamber)*, The Prosecutor vs. Stanislav Galic, TPIY Caso Núm. IT-98-29-T, 5 de diciembre de 2003 (en adelante, sentencia de primera instancia en el caso Galic), párrafos 94-105. Al respecto, hay que notar que la Sala de Primera Instancia en el caso Galic decidió ignorar la nueva jurisprudencia de la Sala de Apelaciones sobre el principio *nullum crimen sine lege* y decidió aplicar la construcción jurisprudencial realizada por la Sala de Apelaciones en la decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic (véase en particular el párrafo 97 de la sentencia de primera instancia en el caso Galic).

Derecho Penal, puesto que se considera que no cumple con los requisitos de especificidad y previsibilidad que son esenciales, tanto para el principio de legalidad penal como para el efectivo cumplimiento por el Derecho Penal de su función preventiva.²³

Por ello hay que señalar que la Sala de Apelaciones, al tiempo que afirma que la costumbre internacional es la única fuente de Derecho Penal Internacional que permite cumplir con las exigencias del principio *nullum crimen sine lege*, hace un esfuerzo por explicar cómo las normas consuetudinarias son aptas para cumplir con las exigencias de especificidad y previsibilidad derivadas del principio de legalidad penal. Así, en la mencionada decisión sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic, la Sala de Apelaciones estableció cuatro presupuestos que toda forma de participación en la comisión del delito debe cumplir para que pueda ser aplicada por el TPIY.²⁴ En primer lugar, debe preverse en el estatuto del propio tribunal. En segundo lugar, debe haber sido recogida por la costumbre internacional en el momento de producirse los hechos que presuntamente han dado lugar a la responsabilidad penal individual. En tercer lugar, la norma consuetudinaria en la que se recoge dicha forma de participación debe haber sido suficientemente accesible para cualquiera que haya actuado de aquella manera. Finalmente, quienes así hayan actuado deben haber podido prever que podrían ser considerados penalmente responsables como consecuencia de su participación en la comisión del delito.²⁵

Sin embargo, cuando se analiza el contenido que la Sala de Apelaciones atribuye a la nociones de accesibilidad (que en opinión de la Sala de Apelaciones se encuentra estrechamente vinculada con la noción de especificidad) y previsibilidad, no se puede sino concluir que dichas nociones son definidas de una manera más genérica y menos exigente de lo que es habitual en el Derecho Penal de numerosos sistemas nacionales. Al respecto, incluso la propia Sala de Apelaciones ha señalado que a la hora de interpretar estos conceptos, es necesario tener en cuenta que la costumbre internacional es una fuente del Derecho que se crea a lo largo del tiempo y que, por tanto,

²³ D. M. Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal*. Parte general I, Editorial Universitas, 1999, p. 81.

²⁴ Decisión sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 10. Véase también la decisión sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic, párrafos 32-36.

²⁵ Decisión sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 21.

la aplicación estricta de las nociones de accesibilidad y previsibilidad podría acabar con la norma penal internacional durante su proceso de gestación.²⁶ Además, la Sala de Apelaciones ha señalado también que como la costumbre internacional no se encuentra siempre recogida por escrito, su accesibilidad puede no ser tan evidente como la de un código penal internacional, lo que, sin embargo, no le impide dar suficientes pautas de comportamiento como para reflejar cuál es el estándar de conducta que de no seguirse dará lugar a responsabilidad penal individual.²⁷ Ahora bien, no se puede pasar por alto que cuanto más generales y menos exigentes son los requisitos derivados del principio de legalidad, menor es la protección que dicho principio ofrece a todo individuo y menor es la efectividad de las normas penales en el desarrollo de su función preventiva.²⁸

EL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN SINE LEGE*
EN EL ESTATUTO DE ROMA
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La nueva jurisprudencia de la Sala de Apelaciones se produce tras el esfuerzo realizado por los redactores del ER para acercar las posiciones encontradas del Derecho Penal de numerosos sistemas nacionales y del Derecho Penal Internacional, con respecto al principio de legalidad.²⁹ Precisamente, como resultado de este esfuerzo, los artículos 22, 23 y 24 del ER recogen las distintas manifestaciones del principio de legalidad penal, incluyendo, como no podía ser de otra manera, aquella encarnada en la máxima *nullum crimen sine lege*.

Es importante señalar que el ER, a diferencia de los estatutos de los TPIY y TPIR, contiene un número importante de disposiciones penales sustantivas (artículos 6 a 8 y 70 del ER) que criminalizan ciertas conductas a los efectos del sistema de justicia penal establecido por el ER. Una vez criminalizadas dichas conductas, los artículos 5, 11 y 12 del ER atribuyen a la Corte la

²⁶ *Ibidem*, párrafo 39. Véase también *Trials of War Criminals before The Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law*, No. 10, vol. III (Justice Case), pp. 974-975.

²⁷ Decisión sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 41.

²⁸ G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal*. Parte general, 3a. ed., Aranzadi, 2002, p. 80.

²⁹ J. L. Rodríguez Villasante y Prieto, "Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 75, enero-junio 2000, pp. 381-441 y 388-396.

potestad jurisdiccional para investigar, enjuiciar, declarar y ejecutar la responsabilidad penal individual derivada de su realización conforme al ER. Por tanto, se puede afirmar que el ER, a diferencia de los estatutos de los tribunales *ad hoc*, no se limita a atribuir a la Corte jurisdicción material sobre delitos preexistentes en el Derecho Penal Internacional.³⁰

En este sentido, hay que señalar que el ER se configura como un sistema de justicia penal con respecto a los sistemas de justicia penal nacionales y al sistema de justicia penal internacional.³¹ Esta particular configuración se refleja en numerosos elementos contenidos en el ER. En primer lugar, el sistema de fuentes previsto en el ER sólo atribuye un papel subsidiario a “los tratados aplicables, los principios y normas del Derecho Internacional”. En segundo lugar, los artículos 10 y 22(3) del ER excluyen cualquier limitación o impacto negativo del ER en la normativa existente o en el desarrollo del Derecho Penal Internacional, incluyendo la tipificación de cualquier conducta como crimen internacional al margen del ER.³² Finalmente, a pesar de que las conductas criminalizadas en el ER habían sido ya, en gran medida, criminalizadas por el Derecho Internacional consuetudinario o convencional (así como por numerosos sistemas nacionales de justicia penal),³³ no es menos cierto que el ER introduce algunas novedades que en unos casos extienden y en otros restringen el ámbito de aplicación de ciertos delitos.³⁴ Es precisamente en este contexto de un sistema de justicia penal autónomo,

³⁰ H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 76-77 y 82-85.

³¹ *Idem*.

³² Acerca del alcance del artículo 10 del ER, véase O. Triffterer, “Article 10”, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, pp. 315-322, pp. 318-320.

³³ Esta situación no es casual, es resultado de la decisión adoptada por los negociadores a efecto de promover su aceptación, entre los estados, de limitar las conductas tipificadas en el ER a las que menoscaban más severamente los valores superiores sobre los que se organiza la comunidad internacional.

³⁴ Por ejemplo, el artículo 30(1) del ER prevé que, excepto en los supuestos de responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los delitos cometidos por sus subordinados, las conductas tipificadas en los artículos 6-8 y 70 del ER sólo dan lugar a responsabilidad penal internacional si se producen con “intención y conocimiento” de sus elementos materiales. Este elemento subjetivo general es superior a la culpa consciente (*subjective recklessness*), o incluso excepcionalmente simple negligencia, exigida por los tribunales *ad hoc*. El efecto inverso se puede encontrar en el artículo 7 del ER, que excluye de la definición de los crímenes contra la humanidad la motivación discriminatoria, que hasta el momento de la aprobación del ER (18 de julio de 1998) había sido exigida, primero, por el Tribunal de Núremberg y, posteriormente, por los tribunales *ad hoc*.

en el que hay que valorar en su justa medida el importante paso adelante dado por el ER en relación con el reconocimiento expreso de las distintas manifestaciones del principio de legalidad penal.

El artículo 22(1) del ER recoge la máxima *nullum crimen sine lege* al afirmar la inexistencia de responsabilidad penal individual conforme al ER, a menos que “la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”. Además, el artículo 22(2) del ER prohíbe la interpretación analógica de los tipos penales contenidos en el ER y consagra el principio *in dubio pro reo*.³⁵ Por su parte, el artículo 23 del ER recoge la máxima *nulla poena sine lege* que exige que “quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”. Finalmente, el artículo 24 del ER recoge en su apartado primero el principio de irretroactividad de las normas penales, de manera que, a los efectos del sistema de justicia penal del ER, no existe responsabilidad penal individual por conductas anteriores a su entrada en vigor el 1 de julio de 2002. Mientras que, en su apartado segundo, se recoge el principio de aplicación de la ley penal más favorable al imputado o acusado en caso de reforma del ER o de sus instrumentos legislativos suplementarios antes de la emisión de sentencia firme.

La inexistencia de responsabilidad penal individual por conductas anteriores a la entrada en vigor del ER (1 de julio del 2002), se aplica también en los casos en que las conductas de que se trate tengan una naturaleza continuada, de manera que hayan comenzado a producirse con anterioridad de la entrada en vigor del ER y se hayan seguido produciendo con posterioridad. Este es precisamente el fundamento de la nota 24 de los Elementos del Crimen (EC) contra la humanidad de desapariciones forzadas que puede ser considerado con el estereotipo de delito continuado en el Estatuto de Roma.

Una cuestión distinta es la relativa a la posibilidad de utilizar hechos que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del ER, a efectos exclusivamente probatorios, en relación con los llamados elementos contextuales de los delitos imputados o la existencia de un propósito criminal común. En este sentido, se puede afirmar que la prueba de hechos anteriores a la entrada en vigor del ER puede constituir un importante elemento probatorio de la existencia de un conflicto armado, o de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, que si bien comenzó con anterioridad al 1 de julio de 2002, se prolongó con posterioridad a esta fecha. Asimismo, también puede tener un importante valor probatorio para mostrar la relación entre

³⁵ Artículos 22(2) y (3) del ER.

los delitos imputados al acusado y dicho conflicto armado o ataque contra una población civil. Igualmente, también cabe la posibilidad de que los delitos cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002 se hayan realizado en ejecución de un plan acordado con anterioridad a esta fecha. En estos casos, la prueba de la existencia de un plan criminal anterior a la entrada en vigor del ER se convierte en un elemento clave para demostrar que las personas implicadas cometieron los delitos que se les imputan conforme a un propósito criminal común.³⁶

La referencia expresa a las diversas manifestaciones del principio de legalidad penal ha sido acompañada por un esfuerzo importante, desde la perspectiva del principio *nullum crimen sine lege*, para precisar los comportamientos típicos que dan lugar a responsabilidad penal individual conforme al ER, lo que ha culminado en la elaboración de los EC, que desarrollan las definiciones de los tipos penales contenidos en el ER.³⁷ Este esfuerzo se manifiesta a su vez en la exclusión de normas penales en blanco, que evitan remisiones generales a otros cuerpos normativos del tipo de las contenidas, si bien sólo a los efectos de atribuir jurisdicción material, en el artículo 3 del estatuto del TPIY, que contiene una referencia genérica a las violaciones de las leyes y usos de la guerra, y en el artículo 4 del TPIR, que contiene a su vez una referencia genérica de alcance más limitado a las violaciones del artículo 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II de 1977.

Fruto de este esfuerzo de precisión de los comportamientos típicos es también el restringido recurso de subtipos residuales, donde el comportamiento típico no se encuentra definido con la precisión que parecería necesaria a la luz del principio *nullum crimen sine lege*. Ahora bien, este avance no esconde los problemas que todavía existen en relación con ciertas figuras delictivas, entre las que destaca el crimen de guerra de “atentados contra la dignidad de la persona”,³⁸ cuyo tipo objetivo incluye otros tratos, además

³⁶ Acerca de la doctrina del propósito criminal común en la jurisprudencia del TPIY, véase H. Olásolo y A. Pérez Cepeda, “The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakić Case”, *International Criminal Law Review*, 2004/4, pp. 474-526 (pp. 480-482).

³⁷ Conforme al artículo 9 del ER, los EC fueron aprobados por dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. Si bien no tienen un carácter vinculante su función es “ayudar” a la Corte a interpretar y aplicar los tipos penales contenidos en los artículos 6 a 8 del ER. Véase H. von Hebel, *The Making of the Elements of the Crimes*, en R. S. Lee (coord.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, pp. 4-8.

³⁸ Artículo 8(2)(b)(xxi) y (c)(ii) del ER.

de los humillantes o degradantes, que tengan la gravedad suficiente para ser considerados generalmente como atentados contra la dignidad humana.³⁹ Esta figura típica es, sin duda, más abierta que aquella relativa al crimen contra la humanidad de “otros actos inhumanos”,⁴⁰ que exige que “el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.⁴¹

Además, el esfuerzo de los redactores del ER y de los EC por precisar los comportamientos típicos no ha evitado la abundante utilización de elementos normativos, particularmente en la definición de los crímenes de guerra, tales como “conflicto armado”, “persona protegida”, “ataque”, “objetivo militar” o “necesidad militar”. Debido a ello, es importante señalar que la expresa referencia en la definición de todos los delitos previstos en los artículos 8(2)(b) y (e) del ER al “marco establecido de derecho internacional”,⁴² y en particular al Derecho Internacional de los conflictos armados, constituye prueba evidente de la estrecha relación entre la definición de los crímenes de guerra en el ER y esta última rama del Derecho. Ahora bien, no se puede olvidar que en última instancia el artículo 21(3) del ER exige que toda interpretación de los elementos normativos a la luz del Derecho Internacional de los conflictos armados “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, sin distinción alguna basada en cualquiera de los motivos recogidos en dicha disposición.⁴³

CONCLUSIÓN

La tensión entre el desarrollo en el ER del principio de legalidad penal en general, y de su manifestación recogida en la máxima *nullum crimen sine*

³⁹ Véanse los EC de guerra de “atentados contra la dignidad de la persona”.

⁴⁰ Artículo 7(1)(k) del ER.

⁴¹ Véanse los EC contra la humanidad de “otros tratos inhumanos”.

⁴² La expresión *Derecho Internacional de los conflictos armados* se refiere tanto al llamado Derecho de La Haya sobre la conducción de las hostilidades como al llamado Derecho de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados. Véase al respecto F. Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, 2003, pp. 31-33.

⁴³ El apartado 3 del artículo 21 recoge motivos como “el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión, o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

lege en particular, y la reciente jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* refleja las resistencias existentes en algunos sectores en relación con el proceso de limitación del papel central que la costumbre internacional ha venido jugando como fuente del Derecho Penal Internacional. Ahora bien, a medida que desaparece la tradicional reticencia de los estados a tipificar mediante convenciones internacionales los comportamientos que más gravemente menoscaban los valores superiores de la Comunidad Internacional, como refleja la reciente aprobación del ER, la preocupación por preservar la seguridad jurídica en cuanto que elemento esencial de los derechos fundamentales de toda persona debe ineludiblemente pasar a primer término.

La progresiva limitación del papel de la costumbre internacional como fuente del Derecho Penal Internacional es un efecto inevitable de esta nueva prioridad en cuanto que las fuentes de Derecho no escritas ofrecen menos garantías desde las perspectivas de la especificidad y la previsibilidad. Por ello, es de esperar que las recientes decisiones de la Sala de Apelaciones no sean sino los últimos coletazos de un Derecho Penal Internacional abocado a una evolución hacia la norma escrita, lo que a su vez permitirá la superación de la tradicional dicotomía entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Penal de numerosos sistemas nacionales.

EL DESARROLLO DE LA COAUTORÍA MEDIATA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN¹

EL 30 DE septiembre de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP) de la Corte Penal Internacional (Corte) emitía la versión pública de la decisión de confirmación de cargos en el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui (decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga).² En la misma se afirmaba la existencia de “pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer” que ambos imputados son penalmente responsables como coautores mediatos de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, presuntamente cometidos por los miembros del Front National Intégrationniste (FNI) y de las Forces de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI) durante el ataque conjunto que realizaron el 24 de febrero de 2003 contra Bogoro (villa situada en el distrito de Ituri al noreste de la República Democrática del Congo, RDC).³ En consecuencia, la SCP I decretó la apertura del juicio oral.

Dadas las circunstancias particulares reinantes en este momento en la Corte, el juicio oral contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui

¹ Artículo publicado en la revista *Legis*, Bogotá, 2009. Reimpreso en *Iter Criminis*, vol. 7, Mexico, 2009, pp. 121-160.

² Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, emitida por la SCP I en el caso *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, 30 de septiembre de 2008 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-07-717-ENG.pdf>).

³ El día anterior a la fecha de entrega de este artículo concluyó el plazo para que la Fiscalía y ambas defensas solicitaran, conforme al artículo 82(1)(d) del Estatuto de Roma (ER), la autorización de la SCP I para poder realizar una apelación contra la decisión de confirmación de cargos. Sólo la defensa de Germain Katanga ha hecho uso de este recurso procesal, si bien su solicitud de autorización para apelar se limita a los cargos de violencia sexual (que, en opinión de la Defensa, no fueron cometidos con un dolo de consecuencias necesarias, sino, a lo sumo, con un dolo eventual, y que por tanto no deberían haber sido confirmados al no pronunciarse la Sala sobre si la figura del dolo eventual es admitida o no por el artículo 30 del ER), y no afecta, por tanto, a la confirmación de los demás delitos de guerra y de lesa humanidad.

puede llegar a convertirse en el primer juicio oral en la historia de la Corte, pues el proceso contra Thomas Lubanga Dyilo (primer caso ante la Corte) se encuentra suspendido de manera indefinida. La razón de esta suspensión no es otra que el hecho de que en los primeros años (2004-2006) de investigación de la situación en la RDC, la Fiscalía de la Corte recibió, conforme al artículo 54(3)(e) del ER, numerosos documentos bajo condición de que no podrían transmitirse ni a la Sala competente de la Corte ni a la Defensa, a no ser que mediara previa autorización expresa de la entidad que los había entregado. Al avanzar en la investigación, la Fiscalía identificó que más de 200 de estos documentos contenían información potencialmente exculpatoria y que, por tanto, debían ser entregados a la Defensa conforme a lo dispuesto en el artículo 67(2) del ER. A estos efectos, la Fiscalía solicitó la correspondiente autorización a las entidades que le habían transmitido los documentos (en su mayor parte la Organización de las Naciones Unidas). Sin embargo, dos semanas antes del inicio del juicio oral previsto para el 23 de junio de 2008, la Fiscalía no había recibido la autorización solicitada, ni había puesto a disposición de la Defensa los documentos identificados como potencialmente exculpatorios. Ante esta situación, el 13 de junio de 2008, la Sala de Primera Instancia decidió suspender indefinidamente el inicio del juicio oral hasta que la Defensa tuviera acceso a los documentos, o hasta que, al menos, la Sala de Primera Instancia pudiera valorar si, tal y como afirmaba la Fiscalía, la información incluida en los mismos tenía efectivamente una naturaleza potencialmente exculpatoria.⁴ Con posterioridad, en su decisión de 3 de septiembre de 2008, la Sala de Primera Instancia reiteró que a pesar de las autorizaciones parciales obtenidas por la Fiscalía en los últimos meses, aún no se daban las condiciones necesarias para levantar la suspensión del proceso.⁵

En este contexto, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga —que junto con la decisión de confirmación de cargos en el caso

⁴ “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”, dictada por la Sala de Primera Instancia I en el caso Lubanga el 13 de junio de 2008, ICC-01/04-01-06/1401 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-1401-ENG.pdf>).

⁵ Véase “Decision on the Prosecution’s Application to Lift the Stay of Proceedings”, emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Lubanga el 3 de septiembre de 2008, ICC-01-04-01-06-1467 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-1467-ENG.pdf>).

Lubanga⁶ son las dos únicas decisiones de carácter sustantivo emitidas hasta el momento por la Corte— adquiere especial importancia. En la misma, se abordan por primera vez los elementos contextuales de los delitos de lesa humanidad previstos en el ER y en los Elementos del crimen (EC),⁷ así como los elementos específicos de ciertos delitos de violencia sexual (violación y esclavitud sexual) tipificados en el ER como crímenes de guerra o de lesa humanidad.⁸ Asimismo, se analizan con cuidado las características que definen a los crímenes de guerra cometidos durante el desarrollo de operaciones militares en conducción de las hostilidades y que los distinguen de los crímenes de guerra cometidos una vez que las personas o bienes protegidos se encuentran bajo el control del grupo al que pertenecen los autores del delito.⁹

Pero, sin duda, los aspectos más relevantes de la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga son: 1) la ratificación de lo dispuesto en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga respecto a la adopción por el artículo 25(3)(a) del ER de la teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación, y 2) la utilización, por primera vez en la historia de la Corte, de la coautoría mediata como resultado de la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y de la autoría mediata por medio del dominio de la organización. De esta manera, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, además de seguir la línea marcada en el caso Lubanga, da un paso adelante en cuanto a que ninguno de los coautores realiza directamente los elementos típicos de los delitos imputados, sino que se valen de los grupos armados organizados que controlan (FRPI y FNI) para llevarlos a cabo.

De esta manera, la SCP I retoma el concepto de coautoría mediata previamente aplicado en el 2003 en la sentencia de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el caso contra *Milomir Stakic*,¹⁰ y que desde entonces no había vuelto a ser utilizado

⁶ Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/06-803-TEN, emitida por la SCP en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, 29 de enero de 2007 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-tEN_English.pdf).

⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, pp. 125-139.

⁸ *Ibidem*, pp. 110-114 y 143-148.

⁹ *Ibidem*, pp. 84-92. Sobre los crímenes de guerra cometidos durante la conducción de las hostilidades, véase en particular H. Olásolo, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch/International Humanitarian Law Institute of Red Cross, Valencia, 2007, capítulo IV.

¹⁰ *The Prosecutor vs. Milomir Stakic*, Trial Judgement, ICTY, Caso Núm. IT-97, 24-T, dictada por la Sala de Primera Instancia II el 31 de julio de 2003. Véase sobre esta sentencia H. Olásolo y A. I. Pérez Cepeda, “The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakic Case”, *International Criminal Law Review*, vol. 4, 2004, pp. 474 ss.

como consecuencia de que la Sala de Apelaciones del TPIY declaró en su sentencia de apelación en este mismo caso, que el concepto de coautoría mediata no formaba parte de la costumbre internacional en el momento en que se produjeron los delitos imputados (primavera y verano de 1992) y tampoco había sido acogido por la jurisprudencia del TPIY.¹¹

La elaboración del concepto de “coautoría mediata” en Derecho Penal Internacional, aplicable por lo general a situaciones en que un pequeño grupo de altos líderes políticos y/o militares acuerdan la ejecución de un plan criminal común mediante la utilización de las diversas organizaciones que dirigen, se produce en un momento en que las fiscalías de la Corte, del TPIY y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), así como las de la Corte Especial para Sierra Leona y de los tribunales para Camboya y Líbano, han dejado claro que, con independencia de que algunas de sus primeras actuaciones pudieran haberse centrado en soldados y mandos medios de las unidades y grupos involucrados en los crímenes de guerra y de lesa humanidad investigados, sus actuaciones se centran en la responsabilidad de los líderes políticos y militares de dichos grupos, que por lo general se encuentran geográfica y estructuralmente alejados del lugar de los hechos.¹²

En este sentido, conviene no olvidar que, en lo que a la Corte se refiere, además de la reciente petición de orden de arresto realizada por la Fiscalía contra Omar Hassan al Bashir (actual presidente de Sudán), se han emitido al día de hoy órdenes de arresto contra el ex vicepresidente de la RDC (Jean Pierre Bemba Bongo), el ex viceministro de Interior y actual ministro de Asuntos Humanitarios del gobierno de Sudán (Ahmed Harum), el actual presidente y comandante en jefe del Ejército de Liberación de Señor y cuatro de sus más altos comandantes militares (Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Okhiambo, Dominic Ongwen y Raska Lukwiya),¹³ el presidente de l'Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix (UPC/RP) y comandante en jefe de su brazo armado las Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (FPLC), así

¹¹ The Prosecutor vs. Milomir Stakic, Appeal Judgement, ICTY, Caso Núm. IT-97, 24-A, dictada por la Sala de Apelaciones el 22 de marzo de 2006. Véase sobre esta sentencia, H. Olásolo, “Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakic Appeal Judgement”, *International Criminal Law Review*, vol. 1, 2007, pp. 143-162.

¹² Los distintos *policy papers* de la Fiscalía de la CPI están disponibles en la página Web oficial de la CPI. Véase también H. Olásolo, “La influencia de la decisión de la Corte Penal Internacional de confirmación de cargos en el caso Lubanga en el desarrollo del Derecho Penal Internacional”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, vol. 3, Valencia, 2008, pp. 285-321.

¹³ Raska Lukwiya falleció después de que la Sala de Cuestiones Preliminares III emitiera una orden de arresto en su contra.

como su ex jefe de Estado Mayor adjunto para operaciones militares (Thomas Lubanga Dyilo y Bosco Ntaganda), el ex comandante en jefe de las FRPI (Germain Katanga) y el ex comandante en jefe del FNI (Mathieu Ngudjolo Chui).

LA ADOPCIÓN POR EL ESTATUTO DE ROMA
DE UN MODELO DUALISTA DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN
CARACTERIZADO POR UN CONCEPTO DE AUTOR BASADO
EN LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

La reciente decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga,¹⁴ confirma la interpretación previamente adoptada por la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga,¹⁵ en el sentido de que el artículo 25(3) del ER¹⁶ acoge un modelo dualista que distingue entre autoría y participación.¹⁷ De esta manera, como se afirma en ambas decisiones, mientras el subapartado 3(a) del artículo 25 del ER recoge el concepto de autoría mediante el uso de la expresión “cometa ese crimen” para referirse a la comisión *stricto sensu* de un delito,¹⁸ los subapartados 3(b) a 3(d) del artículo 25 del ER utilizan las expresiones “ordene”, “proponga”, “induzca”, “sea cómplice”, “sea encubridor”, “colabore” y “contribuya de algún otro modo” para recoger las formas de participación en la comisión de un delito por una tercera persona, que también dan lugar a responsabilidad penal conforme al propio ER.¹⁹ Desde esta perspectiva, las decisiones de confir-

¹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 484 y 486.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 320.

¹⁶ Esta disposición se halla incluida en la Parte III del Estatuto de Roma sobre principios generales de Derecho Penal aplicables por la Corte.

¹⁷ En el mismo sentido, K. Ambos, “Article 25. Individual Criminal Responsibility”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 478-480, y G. Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. de M. M. Díaz Pita, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 212-213.

¹⁸ SCP I, Caso ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, Article 58, 10 de febrero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1 (referida en el texto como “decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga”), párrafo 78. La versión pública de esta decisión se halla en el anexo I de la decisión núm ICC-01/04-01/06-8 de 24 de febrero de 2006. La versión inglesa está disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr_English.pdf, mientras que la versión francesa se puede encontrar en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr-tFrench.pdf>. Véase también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

¹⁹ Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

mación de cargos en los casos Katanga y Lubanga contribuyen, sin duda, a consolidar en el Derecho Penal Internacional un modelo dualista basado en la distinción entre autoría y participación (rechazando, de esta manera, el concepto unitario de autor originariamente adoptado en los estatutos de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio), que si bien se recogía ya de manera nominal en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado establecido en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, no fue adoptado jurisprudencialmente hasta el advenimiento de los tribunales *ad hoc* a mediados de los años noventa.²⁰

²⁰ Conviene no olvidar que los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente no recogían la distinción entre autoría y participación, adoptando, como K. Ambos ha señalado (*La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*, trad. de E. Malarino, Duncker & Humblot/Temis/Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 275 ss.), un concepto unitario de autor que no distinguía entre autores y partícipes. Como resultado, según explica G. Werle (*op.cit.*, p. 211, n. 636), la jurisprudencia del IMT y del IMTFE se limita a señalar que distintas formas de intervención en la comisión del delito dan lugar a responsabilidad penal individual. Con posterioridad, las reglas relativas a las formas de responsabilidad penal recogidas en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, establecido tras la Segunda Guerra Mundial, introducen por primera vez en el Derecho Penal Internacional la distinción entre los conceptos de *autoría y participación*. Así el artículo 11(2) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, que se recoge inmediatamente de las definiciones de los delitos, prevé que “cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o de la capacidad con la que haya actuado, es penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 si: a) fue autor del delito; b) si fue partícipe, u ordenó o encubrió el mismo; c) si tomó parte de manera voluntaria en su comisión; d) si se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; e) si era miembro de una organización o grupo que se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión, o f) en relación con los delitos previstos en el párrafo 1(a), si ocupaba una posición política, civil o militar de relieve en Alemania (como pertenecer al Estado Mayor) o en uno de sus países aliados, cobeligerantes o satélites, u ocupaba una posición de relevancia en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países” (traducción del autor). Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales militares estadounidenses que aplicaron esta ley olvida esta distinción y acoge un concepto unitario de autor, que no distingue entre autores ni partícipes. Véase al respecto K. Ambos, *op. cit.* 2005, pp. 75 ss.

Con la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en 1993 y 1994, de los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Rwanda, y la elaboración por la Comisión de Derecho Internacional, en 1991 y en 1996, del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aparecen los primeros intentos serios de desarrollar la normativa sobre formas de responsabilidad penal como la contenida en los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania. En este contexto será la jurisprudencia reiterada del TPIY la que comenzará el proceso de aceptación de la distinción entre autoría y participación en Derecho Penal Internacional. En este sentido, es importante

Tal y como ha señalado la SCP I, a la hora de definir el concepto de autor y de distinguir entre autoría y participación se pueden distinguir entre las teorías objetivo-formales, las subjetivas y las objetivo materia-

señalar que la sentencia de apelación en el caso Tadic (párrafo 229) indicó ya en 1999 que el principal elemento que permite distinguir entre los conceptos de *empresa criminal común* y *complicidad* es que “el cómplice es siempre accesorio al delito cometido por una tercera persona, el autor”. Posteriormente, la Sala de Primera Instancia I, en su sentencia de 26 de febrero de 2001 en el caso Kordic (párrafo 373), afirmó que “las distintas formas de intervención en la comisión de un delito que dan lugar a responsabilidad penal conforme al artículo 7(1) del ETPIY pueden ser divididas entre formas de autoría y formas de participación”. Esta misma Sala, en su sentencia de 2 de agosto de 2001, en el caso Krstic (párrafo 642), añadía: “parece claro que la expresión ‘*accomplice liability*’ denota una forma secundaria de participación en relación con la responsabilidad del autor del delito”. La Sala de Apelaciones del TPIY volvió a abordar el problema de la distinción entre *autoría* y *participación* en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de *empresa criminal común* en el caso Ojdanic (párrafo 20). En tal decisión, afirmó expresamente que “la empresa criminal común tiene que ser considerada, no como una forma de participación, sino como una forma de autoría”. Desde entonces, la jurisprudencia del TPIY, tal y como se recoge en las sentencias de apelación en los casos Krnojelac (párrafos 30 y 73), Vasiljevic (párrafos 95, 102 y 111), Blaskic (párrafo 33), Krstic (párrafos 134, 137 y 266-269), Kvočka (párrafos 79 y 91), Simic (párrafos 243 y 265), y Brdanin (párrafos 431, 434 y 444-450), y en las más recientes sentencias de primera instancia en los casos Krajisnik (párrafos 79-81) y Martić (párrafos 435 y 440), ha afirmado de manera reiterada que el artículo 7 (1) del ETPIY adopta la distinción entre autoría y participación y, por tanto, rechaza un concepto unitario de autor.

En cualquier caso, conviene no olvidar que una que otra decisión del propio TPIY (por ejemplo, la sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, párrafos 75-77, o el voto particular del juez Hunt en la Decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de *empresa criminal común* en el caso Ojdanic, párrafo 31), intenta rechazar sin éxito la distinción entre *autoría* y *participación* en el artículo 7(1) del ETPIY por considerarla, además de innecesaria, contraria al ETPIY. Se trata de casos aislados de desacuerdo con la posición mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia del TPIY, los cuales no justifican la afirmación de Elies van Sliedregt (viene de p. 84 190) en el sentido de que “los tribunales internacionales ni han aplicado, ni han rechazado tampoco de manera sistemática la distinción entre autoría y participación”. Finalmente, en el TPIR la cuestión relativa a si el artículo 6(1) del ETPIR (cuyo texto es idéntico al del artículo 7 del ETPIY) adopta la distinción entre autoría y participación, se ha abordado también en el contexto del debate sobre la naturaleza jurídica de la doctrina de la *empresa criminal común* (también conocida como “doctrina del propósito criminal común”). Sin embargo, si bien la conclusión a la que se llega es la misma, el alcance de la discusión en el TPIR es más limitado que en el TPIY. Véase, en particular, las sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIR, de 13 de diciembre de 2004 y de 7 de julio de 2006, en los casos Ntakirutimana (párrafo 462) y Gacumbitsi (párrafo 158). Véase también la sentencia de primera instancia del TPIR de 13 de diciembre de 2005 en el caso Simba (párrafo 389). Para una elaboración más detallada sobre el desarrollo del modelo dualista de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional, véase H. Olásolo, *Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (en prensa), capítulo III.

les.²¹ Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga²² y Lubanga²³ afirman que el artículo 25(3)(a) del ER no adopta un concepto objetivo-formal de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de individuos, los coautores son únicamente aquellos que llevan a cabo personalmente uno de los elementos objetivos del tipo, de manera que el resto serán partícipes con independencia de la importancia objetiva que tenga su contribución en la ejecución del plan criminal común. Según se explica en ambas decisiones, el artículo 25(3) (a) del ER admite expresamente la autoría mediata, con independencia de que el autor material sea o no penalmente responsable, figura que, como señala la SCP I, resulta incompatible con el concepto objetivo de autor.²⁴ Además, la propia SCP I subraya que el concepto objetivo-formal de autor es generalmente rechazado entre la doctrina moderna.²⁵

Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga²⁶ y Lubanga²⁷ niegan también expresamente que el artículo 25(3)(a) del ER adopte un concepto subjetivo de autor, que ha tenido hasta el momento su máxima expresión en Derecho Penal Internacional en la construcción jurisprudencial de la doctrina de la empresa criminal común por el TPIY y TPIR, conforme a la cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas, todos aquellos que llevan a cabo su contribución con el deseo de que el propósito criminal común se materialice son coautores con independencia de la naturaleza y alcance de sus respectivas contribuciones.²⁸

²¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 480) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafos 328-330).

²² Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 482.

²³ *Ibidem*, párrafo 333.

²⁴ Decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga (párrafo 482) y Lubanga (párrafo 333).

²⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 482), citando como ejemplos a Roxin, Joecks y Mieback, Stratenwerth y Kuhlen, y Küllh.

²⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 483.

²⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 334.

²⁸ La doctrina de la empresa criminal común, tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular por la del TPIY, se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que, tras el acuerdo inicial, se ejecute el propósito criminal

Según la SCP I, el artículo 25(3)(a) del ER no se decanta por un concepto subjetivo de autor, puesto que la doctrina de la empresa criminal común se encuentra íntimamente relacionada con la “forma residual de partici-

común. En este sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 23-26), ha señalado que los conceptos de *conspiración y pertenencia a organización criminal* difieren del de *doctrina de la empresa criminal común* porque esta última es una forma de participación en la comisión del delito. Así, según la Sala de Apelaciones, el concepto de *conspiración* sólo requiere de la existencia de un acuerdo para cometer el delito, con independencia de que dicho acuerdo sea posteriormente ejecutado o no, mientras que el concepto de *pertenencia a organización criminal* requiere sólo de la de pertenecer voluntariamente a una organización que, de hecho, lleva a cabo actividades criminales. Una opinión distinta ha sido sostenida por R. P. Barret y L. E. Little, “Lessons of Yugoslav Rape Trials: A Role for Conspiracy Law in International Criminal Tribunals”, *Minnesota Law Review*, vol. 88, 2003, pp. 30 ss. Para estos autores, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una doctrina de empresa criminal colectiva que resulta difícil de distinguir del concepto de *conspiración*. Véase también Aarón Fichtelberg, “Conspiracy and International Criminal Justice”, *Criminal Law Forum*, vol. 17, 2006, p. 165.

Para convertirse en participante de una empresa criminal común no es suficiente el mostrarse de acuerdo con el propósito criminal común, es necesario, asimismo, contribuir a su ejecución con el dolo (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal o el medio con el cual se pretende realizar el fin último de aquélla. Este deseo debe ser compartido por todos los participantes en la empresa criminal común, lo que incluye a los soldados de baja graduación, que realizan personalmente los elementos objetivos del tipo, y a los líderes políticos y militares, que tras planearlo dirigen su comisión. Como ha señalado Bogdan (“Individual Criminal Responsibility in the Execution of a ‘Joint Criminal Enterprise’ in the Jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunal for the Former Yugoslavia”, *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, p. 82), la importancia objetiva de la contribución prestada para llevar a cabo el propósito criminal común no es un factor relevante, pues lo que importa realmente es que dicha contribución sea otorgada con el deseo de realizar el propósito criminal común. Véanse las sentencias dictadas por la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafos 227 y 228), Krnojelac (párrafos 31, 32 y 33), Vasiljevic (párrafo 100 y 101), Kvočka (párrafos 82 y 83, 89 y 93), Stakic (párrafos 64 y 65) y Brdanin (párrafos 364 y 365). Asimismo, véanse las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883). En consecuencia, como subraya K. Gustafson (“The Requirement of an ‘Express Agreement’ for Joint Criminal Enterprise Liability”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, p. 141), contribuciones menores pueden ser suficientes siempre que se lleven a cabo compartiendo el propósito criminal común (la necesidad de que la doctrina de la empresa criminal común requiera una contribución objetivamente importante a la realización del propósito criminal común, ha sido subrayada por A. M. Danner y J. S. Martínez [“Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 150-151]; y J. D. Ohlin [“Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Crimi-

pación” prevista en el artículo 25(3)(d) del ER, conforme a la cual, será penalmente responsable todo individuo que “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo

nal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, p. 89]). Del mismo modo, contribuciones objetivamente importantes prestadas con el conocimiento de que se está facilitando la realización de dicho propósito, pero sin el deseo de que se realice, no son suficientes para dar lugar a responsabilidad penal conforme a la doctrina de la empresa criminal común. En definitiva, para la doctrina de la empresa criminal común, la esencia del desvalor de la conducta consiste en que todos y cada uno de quienes participan actúan con el deseo compartido de que se consumen los delitos que constituyen el propósito criminal común. Por tanto, la doctrina de la empresa criminal común se basa en un criterio subjetivo que distingue entre quienes comparten el deseo de que se materialice el propósito criminal común y quienes no lo comparten. Véase la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). Cuando los delitos son cometidos dentro de un sistema de *maltrato* (como es el caso de los campos de concentración, que constituyen el ejemplo paradigmático de la segunda categoría de empresa criminal común, también conocida como empresa criminal común sistemática), se considera que el deseo compartido de delinquir es inherente al conocimiento de la naturaleza del sistema y a la intención de facilitar su funcionamiento. Finalmente, no existe responsabilidad conforme a la tercera categoría de empresa criminal común (es decir, aquella mediante la cual se atribuye responsabilidad penal a los integrantes de una empresa criminal común por los delitos que, sin ser parte del plan criminal común, son una consecuencia previsible y aceptada de su ejecución) si no existe un deseo compartido entre sus integrantes de que se realicen los delitos incluidos en el plan criminal común.

Considerando que, como la SCP I ha afirmado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 327), existe una estrecha interrelación entre: 1) el criterio para distinguir entre autoría y participación, y 2) el criterio para dar contenido al concepto de coautoría —pues se trata en ambos casos de manifestaciones del concepto de autor que haya sido adoptado—, se podrá concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, si se puede demostrar que el concepto de coautoría elaborado por la misma se basa en la doctrina de la empresa criminal común. En este sentido, aunque como ha apuntado acertadamente Van Sliedregt (*op. cit.* pp. 189-190), la sentencia de apelación en el caso Tadic no fue totalmente clara al concluir que el concepto de coautoría en el Derecho Internacional consuetudinario se basa en la doctrina de la empresa criminal común, la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 23 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 21 y 29) clarificó que, de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario, y con el artículo 7(1) ETPIY: 1) los participantes en una empresa criminal común son penalmente responsables; 2) existen tres formas de empresa criminal común, cada una de las cuales tiene sus propios elementos objetivos y subjetivos, y 3) la coautoría se basa en la doctrina de la empresa criminal común.

de personas que tengan una finalidad común”.²⁹ Para la SCP I, si el legislador hubiera adoptado un concepto subjetivo de autor, una formulación como la recogida en el apartado (d) del artículo 25(3) del ER no aparecería en dicho apartado, cuya aplicación se limita a aquellos supuestos en los que no sea aplicable ninguna otra forma de participación prevista en los apartados (b) y (c) del artículo 25(3) del ER (como la participación por ordenar, la proposición, la inducción, la complicidad o el encubrimiento),

La Sala de Apelaciones llegó a esta conclusión tras rechazar la posición de la Defensa de que la práctica de los estados, analizada por la sentencia de apelación en el caso *Tadic*, es muy limitada como para justificar a la doctrina de la empresa criminal común como parte de la costumbre internacional. Así, la Sala de Apelaciones manifestó en el párrafo 29 de la decisión que no consideraba necesario revisar el análisis llevado a cabo por la sentencia de apelación en el caso *Tadic*, pues la práctica de los estados y la *opinio iuris* allí analizada es suficiente para mostrar que la doctrina de la empresa criminal común ya era parte de la costumbre internacional en 1992. Y al concluir que la participación en una empresa criminal común da lugar a responsabilidad penal a título de coautor, la Sala de Apelaciones, en el párrafo 20 de la decisión, remarcó que es así porque quienes participan en tal empresa deben actuar con el deseo de que el propósito criminal común se materialice. La jurisprudencia posterior del TPIY ha afirmado de manera reiterada que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. Véanse las sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos *Vasiljevic* (párrafo 95), *Kvočka* (párrafo 79), *Krnjelac* (párrafos 29 y 30) y *Krstic* (párrafo 134). La jurisprudencia del TPIR —y, en particular, la sentencia de apelación en el caso *Ntakirutimana* de 13 de diciembre de 2004 (párrafos 462-468), la decisión dictada por la Sala de Apelaciones sobre la empresa criminal común en el caso *Karemera* de 12 de abril de 2006 (párrafo 13), y la sentencia de apelación en el caso *Gatumbitsi* de 7 de julio de 2006 (párrafo 158)— se ha basado principalmente en la decisión de apelación en el caso *Tadic* para afirmar que, conforme al Derecho Internacional consuetudinario y al artículo 6(1) ETPIR, la coautoría se construye de acuerdo con la doctrina de la empresa criminal común.

En consecuencia, habiendo basado el concepto de coautoría en la doctrina de la empresa criminal común no se puede sino concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha adoptado un concepto subjetivo de autor, el cual es a su vez el fundamento de la distinción entre autoría y participación (decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, párrafo 329). Una elaboración más detallada sobre el concepto subjetivo de autor adoptado por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, así como sobre la doctrina de la empresa criminal común, se puede ver en H. Olásolo, *op. cit.*, capítulos II.5, II.6 y IV.

²⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* (párrafo 483) y decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (párrafos 335-337). Para que esta “forma residual de participación” sea punible es necesario que la misma se realice: 1) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte”, o 2) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

sino que se hubiera incluido de forma preferencial en el apartado (a) del artículo 25 (3) del ER.³⁰ Además, la propia SCP I subraya que la doctrina

³⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 483) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafos 335-337). La interpretación del artículo 25(3)(d) del ER como forma residual de participación, es también coherente con los dos elementos subjetivos previstos en dicha disposición. Por un lado, la contribución otorgada debe ser “intencional”, si bien, como G. P. Fletcher y J. D. Ohlin (“Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 549) explican, ello sólo significa que la acción en que consiste la contribución —por ejemplo, la venta de gasolina a aquellos que se dirigen al lugar donde van a cometer una masacre— debe ser voluntaria. Además, como Fletcher y Ohlin (*idem*) señalan, dicha contribución debe ser voluntaria y debe ser realizada “con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte”; o al menos, “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”. Por tanto, el artículo 25(3)(d) del ER, a diferencia de la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no requiere que la contribución se preste con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común del grupo, es suficiente que la misma se preste teniendo conciencia del propósito criminal del grupo. De esta manera, el artículo 25(3)(d) del ER no sólo se limita a “aquellas contribuciones a la comisión del delito que no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25(3)(b) o (c) ER”, sino que tampoco requiere que quien contribuya actúe con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate (incluido cualquier *dolus specialis* que pudiera ser exigido). Por esta razón, incluso si el artículo 25(3)(d) del ER pudiera tener ciertas características en común con la elaboración que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha realizado de la doctrina de la empresa criminal común, no puede ser nunca considerado como forma de coautoría. De hecho, al adoptar un concepto subjetivo de autor, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha subrayado que, para ser considerado autor, quien participe en una empresa criminal común debe compartir el deseo de que se consumen los delitos que son parte del propósito criminal común, lo que implica actuar motivado por cualquier *dolus specialis* exigido por su tipo subjetivo. Véase al respecto la sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y las sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). Asimismo, las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda (párrafo 597), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (párrafo 249), Aleksovski (párrafo 61), Kunarac (párrafo 391), Krnojelac (párrafo 88) y Oric (párrafo 282). Además, como la sentencias de apelación (párrafo 257) y de primera instancia (párrafo 118) del TPIY en el caso Furundzija han afirmado expresamente que, para distinguir entre quién es coautor por su participación en una empresa criminal común y quién es meramente cómplice, resulta esencial determinar si quien toma parte en el proceso de tortura comparte también el *dolus specialis* que requiere el delito de tortura. A ello hay que sumar que, mientras el artículo 25(3)(c) del ER requiere que el cómplice, el encubridor o la persona que asiste en la comisión del delito actúe “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, el artículo 25(3)(d) del ER no prevé tal requisito. Por tanto, conforme al artículo 25(3)(d) del ER, lo mismo que con la complicidad en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* (véase la sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera [párrafo 370] y las sentencias de apelación del

moderna rechaza también de manera general el concepto subjetivo de autor.³¹

Tras rechazar los conceptos objetivo-formal y subjetivos de autor, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga sostienen que el artículo 25(3)(a) del ER adopta mediante el uso de la referencia a quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” un concepto subjetivo-material basado en la teoría del dominio del hecho, que se convierte de esta manera en el criterio distintivo entre las categorías de la autoría y la participación.³²

En consecuencia, tal y como señala la SCP I, serán autores quienes dominan la comisión del delito en cuanto que deciden si el delito será cometido y cómo será cometido.³³

TPIY en los casos Blaskic [párrafo 46], Vasiljevic [párrafo 102], Krstic [párrafos 140 y 141], Simic [párrafo 86] y Blagojevic [párrafo 127]), la responsabilidad penal, a título de partícipe, se deriva de las acciones para favorecer el delito, llevadas a cabo sin el deseo de facilitar su comisión aunque con el conocimiento de que la facilitan. Véase en el mismo sentido K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001, p. 245.

Ante estas circunstancias, no se puede sino estar de acuerdo con la interpretación realizada por la SCP I, conforme a la cual el artículo 25(3)(d) del ER constituye, en el marco del sistema del ER, una forma de participación de carácter residual, que incluye todas las contribuciones de carácter no sustancial llevadas a cabo con el conocimiento de estar favoreciendo la realización del propósito criminal común de un grupo de personas. Véase en este sentido K. Ambos, *op. cit.*, pp. 484-485, y G. Werle, “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 958-961 y 974. Además, hay que subrayar que esta forma residual de participación es la única, de entre las recogidas en el artículo 25(3) del ER, que tiene cierto parecido con la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Si bien como han señalado Fletcher y Ohlin (*op. cit.*, p. 549), el artículo 25(3)(d) del ER difiere de la doctrina de la empresa criminal común elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* porque: 1) requiere un elemento subjetivo menos exigente (conocimiento del propósito criminal común en lugar del deseo de que se materialice), y 2) no prevé responsabilidad penal por los llamados delitos previsibles. Sin embargo, en opinión del autor, la principal diferencia radica en que la doctrina de la empresa criminal común trata a quienes participan en la misma como coautores, mientras que de acuerdo con el artículo 25(3)(d) del ER, es una forma residual de participación.

³¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 483); entre otros, se cita a Sancinetti, Quintero Olivares, Bacigalupo, Fletcher, Werle, Bloy, Bockelmann, Bottke, Cerezo, Gallas, Gómez Benítez, Gropp, Herlitz, Jakobs, Jescheck Krey, Kühl, Kohlrausch, Lange, Maurach, Murmann, Niese, Roxin, Sax, Schöнке & Schröder, Stratenwerth & Kuhlen, Rudophi & Wolter, Welzel, y Wessels & Beulke.

³² Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafos 484-486) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (333-338).

³³ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 485) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 330). La teoría del “dominio del hecho”

Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga, han subrayado que el dominio del hecho es un concepto abierto que se desarrolla en tres líneas principales: 1) en la autoría directa o inmediata como “control de la acción”; 2) en la autoría mediata como “control de la voluntad”, y 3) en la coautoría como “codominio funcional del hecho”.³⁴

Según la SCP I, autor directo es la persona que, con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo. Se trata, por tanto, de la persona que según el artículo 25(3)(a) del ER comete el delito “por sí solo”, y se considera que tiene el dominio del hecho porque sustenta el control de la acción al ser él mismo quien realiza materialmente el tipo penal.³⁵

La segunda manifestación del concepto abierto de dominio del hecho, a la que se refiere el artículo 25(3)(a) del ER cuando habla de quienes cometen el delito “con otro”, es la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, que es aplicable en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan común. Como la SCP I ha afirmado en los casos Katanga y Lubanga, el concepto de coautoría “tiene su origen en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas, de manera coordinada por una pluralidad de personas, resulta en la realización de todos los elementos objetivos de un delito, cada una de las personas que realiza una contribución es también responsable de las contribuciones de los demás y, por lo tanto, se le puede considerar como autor del delito en su conjunto”.³⁶

es la más extendida de las teorías objetivo-materiales del concepto de *autor*. Propuesta por primera vez por H. Welzel (“Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW*, 58, 1939, pp. 491 ss.), es subsecuentemente desarrollada por Roxin (véase, al respecto, decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332). La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina: 1) un elemento objetivo consistente en las circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito, y 2) un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias. Contra la exigencia de un elemento subjetivo se han manifestado, sin embargo, *inter alia*, Gimbernat Ordeig en *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966, pp. 124 y ss, y Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, pp. 573 ss.

³⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 488 y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332. Véase asimismo Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7a. ed., 2000, pp. 122 ss.

³⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 488) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332(i)). Véase asimismo Roxin, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

³⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 520) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 326).

Ahora bien, la propia SCP I ha matizado que sólo tienen el codominio funcional del hecho quienes, debido a la importancia de las funciones que les han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo.³⁷ Cada uno de los individuos pertenecientes a este reducido grupo, si bien no se encuentra en posición de garantizar la comisión del delito, pues depende de que el resto del grupo desarrolle adecuadamente las tareas que les han sido encomendadas, comparte el control sobre el delito porque se encuentra en posición de frustrar su comisión mediante la omisión de la función esencial que le ha sido encomendada.³⁸ Así, las correcciones del oficial de observación no producirán por sí mismas la consumación del delito (destrucción de la escuela secundaria objeto del ataque de artillería) si el escuadrón de artillería no hace los ajustes necesarios para continuar con el bombardeo. Del mismo modo, a falta de las correcciones del oficial de observación, el escuadrón de artillería podría continuar bombardeando la escuela secundaria indefinidamente sin hacer blanco sobre ella.

El codominio funcional del hecho es inherente a la función esencial que se asigna a cada coautor en la ejecución del plan común.³⁹ Sin embargo, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas que actúan de manera concertada, pueden existir numerosas funciones que no son esenciales para la realización de los elementos objetivos del tipo. Éste es el caso, en particular, de las funciones de asesoramiento, como las que realiza quien confirma al escuadrón de artillería que puede utilizar la munición prevista

³⁷ Véase la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafos 488 y 519-526) y la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332(iii)). Véanse también *inter alia* Mir Puig, *Derecho Penal*. Parte general, 6a. ed., 2002, p. 385; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*. Parte general, 5a. ed., Tirant lo Blanch, 2002, pp. 452-453; A. I. Pérez Cepeda, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, 1997, p. 417; T. Jescheck y Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5a. ed., 1996, p. 674; Otto, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6a. ed., 2000, núm. 57; G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed., 1991, párrafos 21-35; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4a. ed., 2002, núm. 99; Tröndle y Fischer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 51a. ed., 2003, capítulo 25, núm. 6; Wessels y Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 33a. ed., 2001, núm. 526; y C. Roxin, *op. cit.*, pp. 141 ss.

³⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 524 y 525; y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 342. Véase también C. Roxin, *op. cit.*, pp. 141 ss.; Jescheck y Weigend, *op. cit.*, p. 674; Otto, *op. cit.*; y A. I. Pérez Cepeda, *op. cit.*, p. 417.

³⁹ C. Roxin, *op. cit.*, pp. 141 ss.; Kühl, *op. cit.*; Tröndle y Fischer, *op. cit.*; y Wessels y Beulke, *op. cit.* Véase también la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 525, y la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332(iii).

o que debería continuar con el bombardeo de la escuela secundaria. Según la coautoría basada en el codominio del hecho, la realización de estas funciones, incluso si se llevan a cabo de manera coordinada con los coautores, sólo dará lugar a responsabilidad penal como partícipe.⁴⁰

Como señala la SCP I, citando expresamente a Herzeberg, Jescheck/Weigend, Kölher, Kindhäuser, Kühl, Mir Puig, Muñoz Conde, Pérez Cepeda o Roxin,⁴¹ para algunos autores el carácter esencial de la contribución —y por tanto la capacidad para ostentar el codominio del hecho— requiere que la misma se realice durante la fase de ejecución del delito. Sin embargo, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga⁴² y Lubanga⁴³ han rechazado esta limitación, en cuanto que no aparece recogida en el Estatuto de Roma, de manera que como la propia SCP I en el caso Katanga ha señalado, “diseñar el ataque, proveer armas y municiones, enviar refuerzos y coordinar y monitorear las actividades de las tropas” son actividades de carácter esencial, con independencia de que se realicen con anterioridad al inicio de la fase de ejecución del delito.⁴⁴

Finalmente, es importante señalar que cualquier tipo de asistencia que se preste a la comisión de un delito por una pluralidad de personas, pero sin coordinación con ellas, sólo puede dar lugar a responsabilidad penal como partícipe conforme al artículo 25(3)(b-d) del ER, con independencia de la importancia que pueda tener esa contribución. Como las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga han reiterado, la falta de coordinación impediría la atribución a la persona de que se trate de las contribuciones realizadas por quienes llevan a cabo directamente los elementos del tipo objetivo del delito.⁴⁵

La tercera manifestación del concepto abierto de dominio del hecho es el concepto de autor mediato, es decir, la persona que sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controla la comisión del delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante.⁴⁶ El concepto de autoría mediata acaba de ser

⁴⁰ C. Roxin, *op. cit.*, pp. 141 ss; Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, pp. 452-453; Kühl, *op. cit.*, núms. 103 y 112; y Wessels y Beulke, *op. cit.*, núm. 528. Véase también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 347.

⁴¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 526, n. 689.

⁴² *Ibidem*, párrafo 526.

⁴³ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 348.

⁴⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 526.

⁴⁵ *Ibidem* (párrafo 524), y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 346).

⁴⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafos 488 y 495-518) y

desarrollado en detalle por la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, si bien la Corte lo aplicó por primera vez en la decisión dictada el 10 de junio de 2008, por la Sala de Cuestiones Preliminares III, en la que se exponen las razones que justifican la emisión de una orden de arresto contra Jean Pierre Bemba Gombo (ex vicepresidente de la RDC) por crímenes de guerra y de lesa humanidad, presuntamente cometidos en ciertas áreas del sur de la República Centroafricana por miembros del Mouvement pour la Liberation du Congo (MLC).⁴⁷

Según subraya la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, el concepto de autoría mediata, además de haber sido aceptado en los principales sistemas jurídicos del mundo (al menos en aquellos supuestos en los que el autor directo no es penalmente responsable porque actúa bajo error invencible, miedo insuperable o no tiene capacidad de culpabilidad), se recoge también en el artículo 25(3)(a) del ER, al referirse a la comisión del delito “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.⁴⁸

La decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga elabora en particular aquella forma de autoría mediata conocida en Derecho Penal Internacional como *Perpetrator behind the Perpetrator* (*Täter hinter dem Täter*), en la que tanto el autor directo como el autor mediato son penalmente responsables.⁴⁹ Dentro de los diversos grupos de casos que la doctrina incluye en esta forma de autoría mediata, la SCP I concluye que el grupo de casos conocido como “autoría mediata a través del dominio de la organización”, es particularmente aplicable en Derecho Penal Internacional, dadas las particulares circunstancias en que se cometen los delitos internacionales de genocidio, de lesa humanidad y de crímenes de guerra.⁵⁰ Además, la SCP I subraya cómo —desde el juicio contra los integrantes de las tres juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983,⁵¹ hasta el reciente proceso contra el líder de Sendero Luminoso en Perú,⁵² pasando por el

decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332(i)). Véase también C. Roxin, *op. cit.*, pp. 141 ss.

⁴⁷ Véase Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008, ICC-01/05-01/08-14, párrafos 53-55 y 69-84.

⁴⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 495.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 496.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafos 498 y 499.

⁵¹ Véase Sentencia de la Corte Federal de Apelación de Argentina, Caso de las Juntas, Caso Núm. 13/84, capítulo 7/5.

⁵² Véase Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Perú, Caso Núm. 5385-200, de 14 de diciembre de 2007.

llamado caso del Muro de Berlín contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la Antigua República Democrática de Alemania,⁵³ incluyendo algunos de los procesos celebrados en España en relación con ETA,⁵⁴ y la actuación de la DINA durante la dictadura del general Augusto Pinochet en Chile—,⁵⁵ la figura de la “autoría mediata a través del dominio de la organización” ha sido aplicada con cierta regularidad en el ámbito nacional en relación con delitos cometidos mediante estructuras estatales (en particular la policía y el ejército) o grupos armados organizados que se caracterizan por tener una marcada organización jerárquica.⁵⁶

La decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga explica también los requisitos principales de la autoría mediata por el dominio de la organización. Según la SCP I, se requiere, en primer lugar, la existencia de una organización jerárquicamente organizada a la que pertenezcan los líderes políticos o militares imputados, y los autores directos de los delitos que se imputan.⁵⁷ Además, los miembros de la organización deben tener un carácter fungible (reemplazable), de manera que si alguno de ellos se negara a cumplir con las órdenes de cometer los delitos, emitidas por los dirigentes imputados, existan otros miembros de la organización que las ejecuten en su lugar.⁵⁸ En definitiva, se requiere que la organización tenga las características necesarias para que se pueda hablar de “un cumplimiento casi automático de las órdenes”.⁵⁹

Según la SCP I, esto sólo se produce si la organización de que se trata tiene un número importante de integrantes, o si en casos de un número más reducido de miembros éstos han sido sometidos a entrenamientos particularmente estrictos y violentos.⁶⁰ La SCP I no aborda, sin embargo, el problema

⁵³ Véase Sentencia de la Corte Suprema Federal de Alemania, BGHSt 40, 218, pp. 236 ss; 45, 270, p. 296; BGHSt 47, 100; BGHSt 37, 106; BGH NJW 1998, 767, p. 769.

⁵⁴ Véase Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal, Caso Núm. 12966/1994, Sentencia de 2 de julio de 1994. Más recientemente la Sentencia de 29 de marzo de 2006, dictada por el Juzgado Central de Instrucción Núm. 5 de la Audiencia Nacional.

⁵⁵ Véase Suprema Corte de Justicia de Chile, Fallos del Mes, año xxxv, noviembre de 1993, fallo de 12 de noviembre de 1993.

⁵⁶ Véase al respecto el reciente trabajo de los profesores K. Ambos, A. Gil y Gil, J. L. Guzmán, E. Malarino, E. e I. Meinin, titulado *Imputación de los crímenes del subordinado al dirigente: un estudio comparado*, K. Ambos (coord.), Uniandes, Bogotá, 2008, en el que explican en detalle los casos en que la figura de “la autoría mediata a través del dominio de la organización” ha sido utilizada en Alemania, Argentina, Chile, España y Perú.

⁵⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 511 y 112.

⁵⁸ *Ibidem*, párrafos 512 y 515-518.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 118.

de si el llamado “cumplimiento casi automático de las órdenes” exigiría que la organización actuara al margen de la legalidad no de manera excepcional, en cuanto que, según algunos autores,⁶¹ si la organización actúa habitualmente conforme a la legalidad, la mayoría de sus miembros no estarían dispuestos a ejecutar órdenes manifiestamente ilícitas,⁶² en cuyo caso esas mismas sólo podrían darse a personas en las que el dirigente tuviera una particular confianza, y que por esta razón no podrían ser consideradas como reemplazables o fungibles dentro de la organización.

En segundo lugar, la SCP I requiere también que el dirigente imputado tenga el control *de facto* de la organización, y lo utilice para asegurar la comisión de los delitos. Según la SCP I, el control real del dirigente sobre la organización se manifiesta principalmente en el hecho de que las órdenes que emite son cumplidas habitualmente por sus subordinados, si bien se puede manifestar también por su capacidad de contratar, entrenar, imponer medidas disciplinarias y proveer recursos a sus subordinados.⁶³

En definitiva, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga entiende que la organización no es sino una inmensa maquinaria que es activada por el dirigente para ejecutar los delitos. Para el dirigente es irrelevante qué subordinado en particular es finalmente el autor directo de ellos, pues, a sus ojos, sus subordinados son fungibles en el sentido de que si uno se niega a cumplir con sus órdenes habrá otro que las lleve a cabo.⁶⁴ Es desde esta perspectiva que se puede afirmar que el dirigente ostenta el control de la voluntad del autor directo. Por su parte, desde la perspectiva de los subordinados que reciben las órdenes, éstos mantienen su autonomía y control material sobre los delitos, en cuanto que si deciden finalmente llevarlos a cabo, será por voluntad propia puesto que, en principio, tienen la posibilidad de negarse a cumplir las órdenes del dirigente.⁶⁵ Es precisamente por esta razón por la que dirigentes y subordinados pueden simultáneamente considerarse responsables de los delitos a título de autor (mediato los dirigentes, y directo los subordinados que ejecutan sus órdenes).

En los casos en que la organización no tiene las características antes

⁶¹ C. Roxin, *op. cit.*, p. 249, requiring ‘*rechtsgeloste Apparate*’. Véase también T. Rotsch, “Die Rechtsfigur des Taters hinter dem Tater bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, p. 495.

⁶² Como señala expresamente el artículo 33 del ER, son en todo caso manifiestamente ilícitas aquellas órdenes que ordenan la comisión de genocidio o crímenes de lesa humanidad.

⁶³ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 513.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafos 515 y 516.

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 499, n. 660.

descritas, la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga subraya expresamente que no cabe afirmar el control de la voluntad de los subordinados por parte del dirigente que dicta las órdenes para la comisión de los delitos. Por tanto, según afirma la SCP I, en estos casos no cabrá sino considerar al dirigente como un mero partícipe, que por medio de sus órdenes indujo a sus subordinados (autores directos) a cometer los delitos.⁶⁶

Para concluir esta sección es importante subrayar que, tal y como la SCP I ha puesto de manifiesto en los casos Katanga y Lubanga,⁶⁷ la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho supone una diferencia sustancial entre el sistema del ER y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que han optado por un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común. En este sentido, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, afirma expresamente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 21(1)(a) del ER, la Corte ha de regirse, en primer lugar, por lo que se dispone en el ER y en los instrumentos que lo desarrollan (EC y Reglas de Procedimiento y Prueba [RPP]). Por tanto, sólo si no cabe resolver el problema interpretativo creado mediante la aplicación de los criterios de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabrá, de manera subsidiaria, aplicar, conforme al artículo 21(1)(b) del ER, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y, en particular, su lectura de lo que en un momento dado constituye el contenido de la costumbre internacional. Es desde esta perspectiva que hay que entender la reciente afirmación de la SCP I respecto de la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, en el sentido de que la adopción de un concepto de autor, basado en la teoría del dominio del hecho, constituye “un buen ejemplo de la necesidad de no transferir expresamente la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* al sistema de la Corte”.⁶⁸

Por tanto, conviene no olvidar que ésta no es ni mucho menos la única diferencia importante que en materia de autoría y participación se puede apreciar entre el ER y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y que no son sino el fruto de las distintas opciones adoptadas por los redactores del primero y los magistrados que integran las salas de estos últimos.⁶⁹

⁶⁶ *Ibidem*, párrafo 517.

⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 510 y la decisión de confirmación de los cargos del caso Lubanga (párrafo 338).

⁶⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 508 (traducción del autor). Véase también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 335.

⁶⁹ En este sentido, es importante subrayar que, como han señalado H. Olásolo (*The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 25) y O. Triffterer (“Article 10”, en *Commentary on the Rome Statute of the In-*

Entre ellas baste mencionar para concluir este apartado el hecho de que, mientras que de acuerdo a lo previsto en el artículo 25(3)(b-d) del ER todo partícipe es penalmente responsable desde el momento en que se alcanza la fase de tentativa, con independencia de que el delito sea o no finalmente consumado, pues conforme a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* las únicas formas de participación punibles son las que se llevan a cabo en relación con delitos consumados.⁷⁰

DE LA SUPERACIÓN DE LAS LIMITACIONES
PRESENTADAS POR EL CODOMINIO FUNCIONAL
DEL HECHO Y LA AUTORÍA MEDIATA POR MEDIO
DE LA APLICACIÓN DE LA COAUTORÍA MEDIATA

*Circunstancias particulares
en las que el codominio funcional
del hecho fue aplicado en el caso Lubanga*

El caso Lubanga se refiere a hechos acaecidos en el territorio del distrito de Ituri (que forma parte de la provincia oriental de la RDC) entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, y en el que participaron las fuerzas armadas de la República de Uganda (Ugandan People Defence Forces, UPDF) y un número importante de grupos armados organizados, incluidos la UPC/RP, las FPLC, le *Partit pour l'Unité et la Sauvegarde de l'Integrite du Congo* (PUSIC), el FNI y el FRPI.⁷¹ En este contexto, el caso gira en torno a la política de alistamiento, reclutamiento y utilización activa en las hostili-

ternational Criminal Court, O. Triffterer [ed.], Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 318-319), los artículos 10 y 22 del ER hacen hincapié en la autonomía entre el ER y el Derecho Penal Internacional, en relación con sus respectivas disposiciones penales sustantivas. De ahí la importancia de centrar la atención en las características específicas que un sistema determinado presenta (ya sea el ER, los tribunales *ad hoc* o alguno de los tribunales mixtos creados en los últimos años), para proponer los ajustes que mejor puedan resolver los problemas específicos presentados por los mismos tribunales. Véase en este sentido H. Olásolo, *op. cit.*, 2007, vol. 1, p. 152.

⁷⁰ H. Olásolo, *op. cit.* (en prensa), sección II.4.

⁷¹ Véase decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 233-241. Asimismo, decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 220, 236, 237, 249, 253, 254, 258, 266, 267, 273, 368 y 373. En opinión de la SCP I, este conflicto armado tuvo un carácter internacional hasta el momento que las UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 2 de junio de 2003. Con posterioridad, la SCP I consideró que el conflicto armado asumió un carácter no internacional.

dades de jóvenes de la etnia hema (incluyendo también a niños menores de 15 años), llevada a cabo por la UPC/RP y las FPLC entre septiembre de 2002 y finales de 2003.

Según la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, el imputado, Thomas Lubanga Dyilo, además de tener el cargo de presidente de la UPC/RP (partido que ostentaba el gobierno provisional del distrito de Ituri durante la casi totalidad del año y medio a que se refiere el caso), “tenía de hecho el control último sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de los Secretarios Nacionales del movimiento”.⁷² Además, desde la creación de las FPLC como brazo armado de la UPC/RP en septiembre de 2002, y hasta finales del 2003, Thomas Lubanga ostentó también el cargo de comandante en jefe de las FPLC, fue informado regularmente sobre las operaciones militares de las FPLC y sobre la situación en sus campos de entrenamiento, y desarrolló de manera regular las funciones inherentes a dicho cargo.⁷³ Sin embargo, debido a las múltiples crisis internas ocurridas en las FPLC a finales de 2002 y principios de 2003, las divisiones entre sus oficiales se hicieron patentes.⁷⁴ Esto provocó que Thomas Lubanga mantuviera mejores relaciones con ciertas facciones de las FPLC, y que sólo tuviera “de manera general, pero no de manera permanente, la última palabra sobre la adopción de las políticas de las FPLC, y sobre la ejecución por las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las propias FPLC”.⁷⁵

Como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control que Thomas Lubanga mantuvo dentro de las FPLC fue inferior al que ostentó dentro de la UPC/RP. Buen ejemplo de esta situación es el hecho de que los otros miembros del Estado Mayor de las FPLC “ordenaran el lanzamiento de operaciones militares sin consultar con Thomas Lubanga”.⁷⁶ De esta manera, la relación entre el imputado y los oficiales de alta graduación de las FPLC presuntamente involucrados en la comisión de los delitos, tenía una naturaleza más bien horizontal que vertical. Como consecuencia estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC sometidos al control de Thomas Lubanga. De ahí que la SCP I no considerara al imputado como un autor mediato que hubiera utilizado las FPLC para

⁷² Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 368. [Traducción del autor.]

⁷³ *Ibidem*, párrafo 373.

⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 375 (a-b).

⁷⁵ *Ibidem*, párrafos 375 (c) y 376.

⁷⁶ *Ibidem*, párrafo 374. [Traducción del autor.]

implementar una política de alistamiento, reclutamiento y utilización activa en hostilidades de niños menores de 15 años.⁷⁷

Por el contrario, en opinión de la SCP I, lo que ocurrió es que un grupo de líderes políticos de la UPC/RP y militares de las FPLC —que ya habían trabajado juntos con anterioridad a la creación de las FPLC⁷⁸ y que incluían a Thomas Lubanga, los miembros de la UPC/RP que se encontraban a cargo de las áreas de defensa y seguridad (en particular, el jefe de seguridad de la UPC/RP y el secretario nacional adjunto de Defensa); los oficiales de más alta graduación de las FPLC (es decir, el jefe de su Estado Mayor y su adjunto para operaciones militares); y otros comandantes de alta graduación de las FPLC—⁷⁹ acordaron al crear las FPLC, en septiembre de 2002, que era necesario promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante: 1) el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes de la etnia hema en las FPLC; 2) su entrenamiento militar, y 3) su utilización para participar activamente en operaciones militares y como guardaespaldas encargados de proteger objetivos militares.

Además, en opinión de la SCP I, Thomas Lubanga, con anterioridad a su detención en Kinshasa a partir del 13 de agosto de 2003, jugó un papel esencial de coordinación en la ejecución del plan común que consistía en mantener consultas permanentes con los otros miembros del grupo y en proporcionarles los recursos financieros y logísticos necesarios para su ejecución.⁸⁰ La SCP I hizo hincapié en que, en su papel de coordinación, Thomas Lubanga había contribuido, en particular, a la ejecución del plan común: 1) inspeccionando los distintos campos de entrenamiento militar de las FPLC, con el fin de animar y preparar a los nuevos jóvenes reclutas de las FPLC para su participación activa en las hostilidades; 2) promoviendo que las familias hema contribuyesen a las actividades militares de la UPC/RP y de las FPLC mediante el alistamiento voluntario de al menos uno de sus hijos, y 3) utilizando niños menores de 15 años como guardaespaldas personales.⁸¹ En consecuencia,

⁷⁷ La SCP I sí que barajó esta posibilidad en un principio, como lo demuestra la siguiente formulación que puede leerse en el párrafo 96 de la decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga: “Existen motivos razonables para creer que, dada la presunta estructura jerárquica entre Thomas Lubanga Dyilo y los otros miembros de la UPC y las FPLC, el concepto de autoría mediata, que, junto con el de coautoría basada en el codominio del hecho alegado por la Fiscalía, se recoge en el artículo 25(3)(a) del ER, que podría ser aplicable al papel desempeñado por Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía”.

⁷⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 378.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 377(i).

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 383(ii).

⁸¹ *Ibidem*, párrafo 383(ii) y (iii).

según la SCP I, el papel jugado por el imputado en la ejecución del plan común fue esencial porque él era el único que podía resolver los problemas financieros y logísticos encontrados durante su ejecución.⁸² De ahí que tuviera también el poder de frustrar la ejecución del plan común.⁸³

Ante estas circunstancias, y dada la coordinación con que se ejecutó el plan común y el carácter esencial de las aportaciones realizadas por los distintos integrantes del mismo y en particular por Thomas Lubanga, la SCP I decidió aplicar la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, en lo que constituye el ejemplo más sobresaliente hasta la fecha de su aplicación en el ámbito internacional. Es importante subrayar que la SCP I no necesitó recurrir a la coautoría mediata, puesto que algunos de los líderes políticos y militares del UPC/RP y de las FPLC, que eran parte del plan común, reclutaron directamente a los niños menores de 15 años en las FPLC, los entrenaron militarmente, les suministraron armamento, los asignaron a ciertas unidades militares o les dieron la función de guardaespaldas de los principales comandantes militares de las FPLC, y les ordenaron entrar en combate.⁸⁴ En otras palabras, los delitos imputados a Thomas Lubanga fueron llevados a cabo directamente por otros integrantes del plan común.

Sobre esta cuestión es importante subrayar que la determinación del conjunto de individuos que forman parte del plan común, es la piedra angular y, al mismo tiempo, la cuestión más difícil de responder al aplicar la coautoría basada en el codominio funcional del hecho. Por un lado, el codominio funcional del hecho —como cualquier otra forma de coautoría incluida la doctrina de la empresa criminal común aplicada por los tribunales *ad hoc*—⁸⁵ requiere que quienes realizan personalmente los elementos del tipo objetivo, formen parte del grupo de coautores y, por tanto, sean miembros del plan común. Esto significa que deben participar en el proceso de toma de decisiones relativas a la comisión del delito y en la división de funciones para la ejecución del plan común. Por otro lado, cuanto más se descende en la cadena de mando, para intentar incluir dentro del grupo de coautores a los mandos medios y a los miembros de más baja graduación, más difícil resulta explicar: 1) cómo estos últimos participaron junto con los líderes políticos y militares en el proceso de toma de decisiones, y 2) cómo la división de funciones para la ejecución del plan común puede ser calificada como consensual, si los mandos medios y los miembros de

⁸² *Ibidem*, párrafo 398.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 383(i).

⁸⁵ H. Olásolo, *op. cit.*, (en prensa), sección II.4.

más baja graduación se limitaron a seguir las instrucciones que les fueron enviadas mediante la cadena de mando por los líderes políticos y militares al frente de la organización.

En opinión del autor, la inclusión por la SCP I de “otros comandantes de alta graduación de las FPLC” entre los miembros del plan común, resulta en principio problemática porque no indica hasta qué nivel de la cadena de mando desciende el grupo de coautores. Sin embargo, el hecho de que la SCP I pusiese al comandante de las FPLC a cargo de las operaciones militares en el sector sureste (que se encontraba un escalón por debajo de los más altos mandos de las FPLC) como ejemplo de quiénes podían ser esos otros comandantes también incluidos entre el grupo de los coautores, reduce de manera importante el alcance del problema, puesto que parece que el círculo de coautores se limita a un pequeño grupo de líderes políticos de la UPC/RP y de comandantes militares de las FPLC, entre los que no habría una relación estrictamente jerárquica.

Además de que los delitos imputados fueran directamente cometidos por varios de los miembros del reducido grupo de líderes políticos de la UPC/RP y militares de las FPLC que formaban parte del plan común, el caso Lubanga presenta una segunda particularidad, consistente en que el contenido del plan común no parece tener de por sí una naturaleza intrínsecamente criminal, en cuanto que, dada la situación de conflicto armado, era perfectamente legítimo que las FPLC lanzaran una campaña de reclutamiento entre los jóvenes de la parte de la población civil que apoyaba el movimiento (en este caso, principalmente, la perteneciente al grupo étnico hema). Tampoco se podía apreciar delito en el hecho de que el reclutamiento no sólo fuera voluntario, sino también forzoso, ni en el hecho de que los nuevos reclutas, una vez entrenados, fueran utilizados activamente en operaciones militares o como guardaespaldas de los comandantes de las FPLC. Ahora bien, tal y como subraya la SCP I, el plan común, si bien ni iba dirigido ni entrañaba necesariamente la comisión de un delito, sí contenía un elemento de criminalidad en cuanto que su ejecución conllevaba un riesgo evidente de que afectara a niños menores de 15 años.⁸⁶

Según la SCP I, desde que se crea dicho plan a principios de septiembre de 2002, Thomas Lubanga y los restantes miembros del “proyecto” eran mutuamente conscientes,⁸⁷ y habían aceptado la posibilidad⁸⁸ de que en el curso normal de los acontecimientos, niños menores de 15 años fueran

⁸⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377.

⁸⁷ *Ibidem*, párrafos 404(i) y 408.

⁸⁸ *Ibidem*, párrafos 404(ii) y 408.

alistados o reclutados en las FPLC y utilizados activamente en hostilidades. De esta manera, se cumplían los requisitos del dolo eventual que, según la interpretación realizada por la SCP I en el caso Lubanga, constituye el estándar mínimo incluido dentro del elemento subjetivo general del artículo 30 del ER.⁸⁹ A esto hay que añadir que la propia SCP subrayó que Thomas Lubanga era consciente de las circunstancias que le atribuían el codominio del hecho, lo que incluía: 1) su posición *de iure* y *de facto* dentro de la UPC/RP y las FPLC; 2) el carácter esencial de sus funciones como coordinador en la ejecución del plan común para promover el esfuerzo militar de la UPC/RP y las FPLC, y 3) su capacidad para frustrar la ejecución del plan común si se negaba a desarrollar su papel de coordinador.⁹⁰

La aceptación de que el plan común no vaya dirigido, ni entrañe necesariamente la comisión de un delito, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad en el sentido antes señalado, constituye una característica particularmente distintiva de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho. Así, en opinión del autor, el hecho de que el plan común no tuviera como fin último, o como medio necesario para la consecución del fin último, la comisión de alguno de los delitos imputados, habría impedido la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.⁹¹ Ello se debe a que esta doctrina encarna un concepto subjetivo de autor que da más importancia a la intención con la que se realiza la contribución al plan común que al valor objetivo de la misma, y que, por tanto, requiere que el plan común esté específicamente dirigido a la comisión de los delitos incluidos en la empresa criminal común (*core crimes*).⁹² Por su parte, el hecho de que la coautoría basada en el codominio funcional del hecho sólo requiera “un elemento de criminalidad”, se explica porque su característica principal es la función esencial que juega cada uno de los coautores en su ejecución y el conocimiento que de su papel esencial tienen estos últimos.

⁸⁹ *Ibidem*, párrafos 352-355.

⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 409.

⁹¹ Véase las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364). Véase también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).

⁹² Véase las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 32), Vasiljevic (párrafo 101), Kvočka (párrafo 82), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365). Asimismo, véanse las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).

*El caso Bemba: entre autoría
mediata y coautoría mediata*

La diferencia más importante entre el caso Lubanga, y los casos contra Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Jean Pierre Bemba Gombo, es que en estos últimos casos ninguno de los líderes políticos y militares que forman parte del plan común cometió directamente los delitos imputados, sino que, una vez divididas las tareas, cada uno de los integrantes del plan común se valió de sus subordinados en los grupos armados que dirigían para realizar sus respectivas contribuciones.

La decisión más importante dictada hasta la fecha en el caso contra Jean Pierre Bemba, es la dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008, en la que se exponen las razones que justifican la emisión de una orden para arrestarlo. En esta decisión se explica que los crímenes de guerra y de lesa humanidad (asesinatos, torturas, violaciones, atentados contra la dignidad personal y saqueos de localidades) cometidos contra la población civil residente en el sur de la República Centroafricana (RCA) entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, e imputados a Jean Pierre Bemba, son el resultado de la ejecución de un plan común acordado entre el ex presidente de la RCA (Ángel-Félix Patasse) y el propio imputado (máxima autoridad *de iure* y *de facto* del Mouvement pour la Liberation du Congo (MLC)).⁹³

Según la SCP III, el plan común consistía en: 1) el envío por Jean Pierre Bemba de una parte importante de los integrantes del MLC para apoyar militarmente al ex presidente Patasse en el conflicto que este último sostenía contra las fuerzas del ex jefe del Estado Mayor y actual presidente de la RCA Francois Bozize,⁹⁴ y 2) el apoyo estratégico y logístico de Ángel-Félix Patasse a Jean Pierre Bemba frente al régimen del actual presidente de la RDC, Joseph Kabila.⁹⁵ Conforme al plan común, las fuerzas del MLC, una vez en territorio de la RCA, actuarían de manera conjunta y coordinada con las fuerzas leales al ex presidente Patasse (principalmente las fuerzas de la Unidad de Seguridad Presidencial) para tratar de frenar el avance de las fuerzas del actual presidente Bozize.⁹⁶

⁹³ Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008, ICC-01/05-01/08-14, párrafos 69-72.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ *Ibidem*, párrafo 74.

Según la SCP III, el plan común, si bien no iba dirigido ni implicaba necesariamente la comisión de los delitos imputados, entrañaba el riesgo serio de su comisión dados los numerosos actos de violencia contra la población civil (asesinatos, robos, destrucción de propiedad y violaciones), que las fuerzas del MLC habían realizado en recientes campañas desarrolladas en distintas regiones de la RDC.⁹⁷ Se trataba, por tanto, de un plan común que, siguiendo lo establecido en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, contenía un elemento de criminalidad.⁹⁸ Además, para la SCP III, tanto Ángel-Félix Patasse como Jean Pierre Bemba eran conscientes de que dichos actos de violencia contra la población civil del sur de la RCA se producirían en el curso normal de los acontecimientos y habían aceptado mutuamente la probable realización de este riesgo.⁹⁹ En consecuencia, ni los delitos eran parte integral del plan común (sino un riesgo probable de su ejecución), ni los miembros del plan común actuaron con el deseo de que se produjeran los delitos o con el conocimiento de que su comisión sería una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común (sino que actuaron con un *dolo eventual* compartido).

Conforme a lo señalado por la SCP III, ninguno de los dos integrantes del plan común (Ángel-Félix Patasse y Jean Pierre Bemba) cometió directamente ninguno de los delitos imputados. En consecuencia, a diferencia del caso Lubanga, no cabía la aplicación *stricto sensu* de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho. Asimismo, si bien los delitos imputados fueron cometidos por miembros del MLC (lo que en principio hubiera podido permitir la imputación de Jean Pierre Bemba en calidad de autor mediato, en cuanto que máximo dirigente *de iure* y *de facto* del MLC), lo cierto es que la SCP III subrayó que la prueba presentada mostraba indicios razonables de que dichos delitos se produjeron a raíz de la ejecución coordinada del plan común entre el imputado y el ex presidente Patasse (de manera que, en última instancia, su comisión había sido el resultado de la actuación coordinada en el terreno de los integrantes de las fuerzas que cada uno dirigía, frente al intento de golpe de Estado del actual presidente Bozize).

En consecuencia, si bien la SCP III no lo explica de manera expresa, lo que ha llevado finalmente a cabo, en opinión del autor, es atribuir a Jean Pierre Bemba los delitos que se le imputan a título de coautor mediato, que con

⁹⁷ *Ibidem*, párrafos 72 y 80.

⁹⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377.

⁹⁹ Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008, ICC-01/05-01/08-14, párrafos 82 y 83.

plena conciencia de la función esencial que juega en su implementación, lleva a cabo su parte del plan común mediante el grupo armado organizado (el MLC) que dirige *de iure* y *de facto*.¹⁰⁰

*El desarrollo del concepto de coautoría
mediata en el caso contra Germain Katanga
y Mathieu Ngudjolo Chui*

La primera aproximación a la coautoría mediata llevada a cabo por la SCP III en el caso Bemba, ha sido recientemente retomada y desarrollada por la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga. Este caso, al igual que el de Lubanga, se refiere a hechos producidos durante el conflicto armado que tuvo lugar en el territorio del distrito de Ituri (DRC) en el segundo semestre de 2002 y en 2003, si bien los imputados son los ex comandantes en jefe de los grupos armados organizados Ngiti (FRPI) y Lendu (FNI), que se oponían, con el apoyo de las fuerzas armadas ugandesas, al gobierno regional provisional del movimiento hema UPC/RP y de su brazo armado las FPLC.¹⁰¹

Conforme a lo señalado en la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, los dos únicos miembros del plan común eran Germain Katanga (comandante en jefe de las FRPI) y Mathieu Ngudjolo Chui (comandante en jefe del FNI),¹⁰² quienes ya habían cooperado estrechamente en el pasado.¹⁰³ Ambos fueron quienes, según la SCP, acordaron el lanzamiento el 24 de febrero de 2003 de un ataque conjunto contra el pueblo de Bogoro, que en ese momento se encontraba bajo el control de las fuerzas de las UPC/FPLC, y tenía un valor estratégico indudable al encontrarse situado en el cruce de las carreteras que van desde Bunia (capital del distrito de Ituri) a Beni (capital de la provincia del Norte de Kivu), y desde Kasenyi (población más importante de Ituri en la orilla congoleza del Lago Alberto, que sirve de frontera natural con Uganda) a Mongwalu (principal mina de oro de Ituri y una de las más importantes de la región de los Grandes Lagos).¹⁰⁴

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrafos 52-55 (sobre la estructura jerárquica del MLC), párrafos 75-81 (carácter esencial de la contribución del imputado a la ejecución del plan común) y párrafo 83 (conocimiento de la posición de liderazgo que tuvo en el MLC y del papel esencial que jugó en la ejecución del plan común).

¹⁰¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, pp. 71-75.

¹⁰² *Ibidem*, párrafos 548-553.

¹⁰³ *Ibidem*, párrafo 552.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párrafos 275-283 y 548.

Según la SCP I, el plan común tenía dos objetivos fundamentales. Por una parte, obtener el control de Bogoro, lo que dado su valor estratégico, lo convertía en un importante objetivo militar.¹⁰⁵ Por otra parte, asegurar el posterior mantenimiento de dicho control mediante la destrucción de la población civil, que en su mayoría era del grupo étnico hema, y que apoyaba a las fuerzas defensoras de las FPLC.¹⁰⁶ Se puede apreciar, por tanto, una primera diferencia importante entre el caso Katanga y los casos Lubanga y Bemba, en cuanto que, mientras en el primero, el plan común es intrínsecamente criminal, pues se dirige específicamente a atacar a la población civil de Bogoro, en los dos últimos casos el plan común contiene sólo, un elemento de criminalidad pues no va dirigido ni conlleva necesariamente la comisión de los delitos imputados. Como veremos más adelante, esta diferencia va a jugar un papel fundamental en la manera en que la SCP I ha abordado los elementos subjetivos de la coautoría mediata en el caso Katanga.

Según la SCP I, ni Germain Katanga ni Mathieu Ngudjolo Chui cometieron directamente ninguno de los delitos ocurridos durante el ataque a Bogoro. Por el contrario, una vez acordada la fecha del ataque, su papel fue el de asegurar: 1) la coordinación de su ejecución mediante la discusión de los detalles del ataque con los comandantes de sus respectivos grupos armados, que dirigirían personalmente las acciones; 2) el suministro de las armas necesarias para llevarlo a cabo; 3) la movilización de sus respectivas fuerzas, y 4) la transmisión a los comandantes en el terreno de la orden de proceder al ataque.¹⁰⁷ En consecuencia, cada uno de los dos imputados realizó su contribución por medio de los grupos armados que dirigían *de iure* y controlaban *de facto*,¹⁰⁸ y que a juicio de la SCP I cumplían con los requisitos de organización jerárquica y desempeño de los cargos de sus miembros, que requiere la aplicación de la autoría mediata por el dominio de la organización.¹⁰⁹ Además, como cada uno de los imputados pertenecía a una etnia distinta, y los grupos armados que dirigían se caracterizaban, en gran medida, porque sus integrantes pertenecían también a distintos grupos étnicos,¹¹⁰ el éxito del ataque dependía de que ambos imputados actuaran de manera conjunta y coordinada, pues los subordinados de uno no respon-

¹⁰⁵ *Ibidem*, párrafos 273 y 275.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párrafos 273, 275, 548 y 549.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrafos 555-561.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrafos 540 y 541.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párrafos 543-547.

¹¹⁰ Las FRPI estaban formadas principalmente por individuos de la etnia ngiti, a la que pertenecía Germain Katanga, y el FNI estaba formado por miembros de la etnia lendu, de la que era miembro Mathieu Ngudjolo Chui.

derían a las órdenes impartidas por el otro, contribución esencial coordinada que da lugar al codominio del hecho.¹¹¹

De esta manera, la SCP I se encontró con una situación en la que ni podía aplicar la autoría mediata por medio del dominio de la organización, porque ello limitaría la responsabilidad de cada uno de los imputados a los delitos directamente cometidos por sus subordinados (y no había forma de distinguir a qué grupo armado específico pertenecían los autores directos de cada uno de los delitos), ni podía utilizarse la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, porque ninguno de los coautores había participado directamente en el ataque a Bogoro (Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui habían entrado en Bogoro sólo una vez concluido el ataque). Ante estas circunstancias, la SCP I decidió aplicar la figura de la coautoría mediata, que no es sino una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, que consiste en la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y la autoría mediata por medio del dominio de la organización. Al adoptar esta decisión, la SCP I rechazó la posición de la Defensa de Germain Katanga, que utilizó una gran parte del tiempo de que disponía durante la audiencia de confirmación de cargos para alegar que el artículo 25(3)(a) del ER, si bien admite la aplicación por separado de la coautoría y de la autoría mediata, no permite su aplicación conjunta.

Se trataba ésta de una alegación particularmente relevante, puesto que como lo demuestran los casos contra Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Milomir Stakic, la exigencia de que alguno de los coautores realice directamente los elementos objetivos del tipo, limita notablemente la aplicación práctica de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, a no ser que se admita que los coautores pueden llevar a cabo sus contribuciones por medio de sus subordinados en las organizaciones que dirigen. De hecho, cuando los miembros del plan común se limitan a los líderes políticos y militares que se encuentran en las más altas esferas del poder, es del todo excepcional encontrar un caso como el Lubange, en el que varios de los dirigentes afectados cometieron directamente los delitos imputados.

Del mismo modo, los casos arriba mencionados han puesto de manifiesto la dificultad de aplicar por sí sola la autoría mediata basada en el dominio de la organización. Así, la existencia de subgrupos de poder dentro de la organización hacen que no se pueda hablar de un control *de facto* del conjunto

¹¹¹ *Ibidem*, párrafo 560.

de la organización (caso Lubanga), o los delitos son cometidos mediante la actuación coordinada de varias estructuras organizadas de poder, en las que los miembros de cada una de ellas sólo responden a las instrucciones de quienes las presiden (caso Katanga). De ahí, que si la SCP I hubiera aceptado las alegaciones de la Defensa en el caso Katanga, la utilidad práctica de la teoría del dominio del hecho para reflejar la responsabilidad penal de los líderes políticos y militares por la comisión de crímenes internacionales se hubiera visto seriamente mermada.

La SCP I rechazó la posición de la Defensa de Germain Katanga al considerar que ni siquiera una interpretación estrictamente literal de la expresión “cometa ese crimen por sí solo, con otro, o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”, puede llevar a la conclusión inequívoca de que el artículo 25(3)(a) del ER excluye la coautoría mediata de su ámbito de aplicación.¹¹² A esto hay que añadir que, según la SCP I, las interpretaciones sistemáticas y teleológicas de esta disposición apoyan la conclusión contraria, es decir, que la coautoría mediata forma parte del ámbito de aplicación del artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma.¹¹³

La SCP I estableció que los elementos objetivos de la coautoría mediata consisten en la existencia de un plan común entre un pequeño círculo de líderes políticos y militares que ostentan el control *de facto* sobre una o varias organizaciones estructuradas jerárquicamente, cuyos miembros son fungibles. Una vez divididas las tareas para la ejecución del plan común, los personajes que lo dirigen llevan a cabo sus respectivas contribuciones esenciales por medio de las organizaciones que controlan. Los delitos imputados son finalmente cometidos por sus subordinados como consecuencia de la ejecución del plan común.¹¹⁴

En cuanto a los elementos subjetivos, la SCP I señaló que, además de que el imputado debe llevar a cabo su contribución con los requisitos subjetivos requeridos por la definición de los delitos que se le imputan a título de coautor,¹¹⁵ es necesario también: 1) que todos los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que su ejecución resultará (o es probable que resulte) en la comisión de los delitos imputados;¹¹⁶ y 2) que el imputado sea consciente del carácter esencial de su contribución, lo que in-

¹¹² *Ibidem*, párrafos 490 y 491.

¹¹³ *Ibidem*, párrafos 492-494.

¹¹⁴ Los elementos objetivos de la coautoría mediata se describen en los párrafos 495-526 de la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga.

¹¹⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 527-532.

¹¹⁶ *Ibidem*, párrafos 533-537.

cluye el conocimiento del control *de facto* que ejerce sobre la organización que dirige y, mediante la cual, lleva a cabo su contribución.¹¹⁷

Respecto a la definición que de los elementos subjetivos de la coautoría mediata realiza la SCP I en el caso Katanga, es importante señalar que ésta es incompleta en cuanto que renuncia expresamente a discutir si el artículo 30 del ER acepta o no el dolo eventual.¹¹⁸ De esta manera, la SCP I no aclara si la coautoría mediata requiere que los delitos imputados sean consecuencia mínima necesaria de la ejecución del plan común (dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias), o si es suficiente que dichos delitos sean consecuencia probable y aceptada de la ejecución del plan común (dolo eventual, aceptado por la propia SCP I en el caso Lubanga). Del mismo modo, la SCP I tampoco discute si se requiere que los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que los delitos imputados sean una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común, o si es suficiente, como la propia SCP I ha señalado en el caso Lubanga, con que los miembros del plan sean conscientes y acepten mutuamente la probabilidad de que la implementación del plan común lleve consigo la comisión de dichos delitos.

La razón esgrimida por la SCP I para renunciar a la discusión sobre el dolo eventual en la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, es que no era necesaria, pues la prueba presentada mostraba que el plan común incluía a la población civil de Bogoro como uno de los objetivos específicos del ataque, lo que suponía que todos los delitos imputados fueron cometidos con dolo directo de primer grado, o al menos con dolo directo de segundo grado. No parece, sin embargo, que las circunstancias fácticas de un caso concreto justifiquen una descripción incompleta de los elementos que jurídicamente conforman la coautoría mediata, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta era la primera decisión en la historia de la Corte en que se analizaron dichos elementos, y que, con anterioridad, sólo existía el precedente del caso contra Milomir Stakic ante el TPIY.

Además, para generar todavía una mayor confusión, la SCP I define el dolo directo de segundo grado con la misma expresión recogida en el artículo 30(2)(b) del ER, de manera que éste incluiría aquellas situaciones en que el imputado, a pesar de no tener la intención de producir los elementos del tipo objetivo, es consciente de que éstos se producirán “en el curso normal de las circunstancias”.¹¹⁹ En consecuencia, pareciera que la SCP I estuviese

¹¹⁷ *Ibidem*, párrafos 538 y 539.

¹¹⁸ *Ibidem*, párrafo 531.

¹¹⁹ *Ibidem*, párrafo 529.

implícitamente declarando que cualquier estándar inferior al dolo directo de segundo grado, incluido el dolo eventual, queda excluido del ámbito de aplicación del artículo 30 del ER, lo que impediría que se incluyera dentro de la coautoría mediata, la interpretación de la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga. Por tanto, dicha interpretación se vería reforzada porque, en el caso Lubanga, la SCP I utilizó la misma expresión “en el curso normal de las circunstancias” para definir el dolo eventual y no el dolo directo de segundo grado.¹²⁰

Ahora bien, la SCP I, en la propia decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, afirma en varias notas al pie de página que la mayoría de la Sala sigue considerando válida la interpretación formulada en el caso Lubanga, de que el dolo eventual se encuentra incluido como elemento subjetivo general del artículo 30 del ER.¹²¹ De manera que no se puede sino afirmar que, respecto a los elementos subjetivos de la coautoría mediata, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga levanta importantes interrogantes, que deberán ser resueltas en futuras decisiones de la Corte.

*El concepto de coautoría mediata basado sobre
la teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia
de los tribunales ad hoc: el caso Stakic*

El problema con el que se enfrentó la SCP I en el caso Katanga no es nuevo, pues en el ámbito internacional ya se había planteado el caso contra Milomir Stakic ante el TPIY, y en el ámbito nacional en los casos de las juntas militares argentinas y del Muro del Berlín. Ahora bien, sólo la Sala de Primera Instancia II del TPIY, en el caso Stakic, había intentado realmente abordarlo, puesto que tanto la Corte de Apelaciones de Buenos Aires como el Tribunal Supremo alemán decidieron no analizar las relaciones existentes entre los miembros de cada una de las tres juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983 o entre los integrantes del Consejo de Seguridad Nacional de la antigua República Democrática Alemana (RDA).¹²² En consecuencia, mientras que los integrantes de cada una de las tres juntas militares

¹²⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 351-355.

¹²¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 251, n. 329. Véase también el voto particular de la jueza Anita Usascka a la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 12, n. 10.

¹²² H. Olásolo y A. I. Pérez Cepeda, *Los delitos*, Tirant lo Blanch, 2008, capítulos III.3.3.3 y v.6.

argentinas —los respectivos comandantes en jefe del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire— fueron condenados sólo por los delitos cometidos por sus subordinados directos,¹²³ los distintos miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la antigua RDA fueron condenados como autores mediatos de las muertes y lesiones producidas por los guardias de frontera, en cumplimiento de la orden de tirar a matar contra todo aquel que intentase pasar a la antigua República Federal Alemana cruzando el tristemente conocido “Muro de Berlín”.¹²⁴

El caso Stakic se refiere a una campaña de limpieza étnica contra la población civil de ascendencia no serbia, que se produjo en la municipalidad de Prijedor (Bosnia y Herzegovina) durante la primavera y el verano de 1992. Según la Sala de Primera Instancia II del TPIY, existían en aquel momento en la municipalidad de Prijedor, tres estructuras organizadas de poder: 1) la administración civil; 2) la policía nacional de la autoproclamada República Serbia de Bosnia-Herzegovina (República Sprska), que formaba parte de su ministerio de Interior, y 3) el ejército de la República Sprska, que estaba formado por las unidades desplegadas en la municipalidad de Prijedor, así como por las unidades de defensa territorial creadas en Prijedor a raíz del inicio del conflicto.¹²⁵

El imputado, Milomir Stakic, era el presidente de la Asamblea Municipal de Prijedor y de su Presidencia de Guerra, y ostentaba el control *de facto* sobre la administración civil de la municipalidad, que según la Sala de Primera Instancia II del TPIY, cumplía con los requisitos de organización jerárquica y desempeño de los cargos de sus miembros, que son necesarios para la aplicación de autoría mediata por medio del dominio de la organización.¹²⁶ Sin embargo, la Sala de Primera Instancia II del TPIY se encontró con el problema de que no podía aplicar esta última forma de responsabilidad, ya que los delitos imputados habían sido directamente cometidos por miembros de la policía y del ejército, que pertenecían a las otras dos organizaciones existentes en Prijedor en aquel momento (las cuales también cumplían con los requisitos de organización jerárquica y desempeño de los cargos de sus

¹²³ Véase Sentencia de la Corte Federal de Apelación de Argentina, Caso de las Juntas, Caso Núm. 13/84, capítulo 7/5.

¹²⁴ Véase Sentencia de la Corte Suprema Federal de Alemania, BGHSt 40, 218, pp. 236 ss; 45, 270, p. 296; BGHSt 47, 100; BGHSt 37, 106; BGH NJW 1998, 767, p. 769.

¹²⁵ “The Prosecutor vs. Milomir Stakic”, Trial Judgement, ICTY, Caso Núm. IT-97, 24-T, dictada por la Sala de Primera Instancia II el 31 de julio de 2003, párrafo 469. Véase el extenso comentario que sobre la aplicación de la coautoría mediata se aprecia en esta sentencia en Olásolo y Pérez Cepeda, *op. cit.*, 2004, pp. 474 ss.

¹²⁶ Decisión de primera instancia en el caso Stakic, párrafos 492-494.

miembros antes mencionados).¹²⁷ Del mismo modo, la Sala de Primera Instancia II del TPIY tampoco podía aplicar la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, en cuanto que ninguno de los dirigentes de la policía, del ejército y de la administración municipal de Prijedor, que junto con Milomir Stakic habían planeado y puesto en marcha la campaña de limpieza étnica en la primavera y verano de 1992, había cometido directamente los delitos imputados.¹²⁸

En consecuencia, la Sala de Primera Instancia II del TPIY terminó recurriendo a la figura de la coautoría mediata,¹²⁹ para condenar a Milomir Stakic como coautor de los delitos imputados, en cuanto a que él mismo, junto con los jefes de la policía y del ejército de la municipalidad de Prijedor, habían acordado la ejecución de una campaña de limpieza étnica que llevaron a cabo de manera coordinada por medio de sus respectivas estructuras organizadas de poder.¹³⁰ En particular, el imputado jugó un papel esencial en la coordinación general de la ejecución de la campaña, así como en asegurar que la administración civil, que él personalmente dirigía, suministrase la asistencia logística y operacional necesaria para que los miembros de la policía y del ejército pudieran llevarla a efecto directamente.¹³¹

En este sentido, conviene destacar que la Sala de Primera Instancia II del TPIY adoptó la posición de que no era necesario que el plan común fuese intrínsecamente criminal, y que por tanto, ni tenía que ir dirigido a la comisión de los delitos imputados ni la producción de estos últimos tenía que ser una consecuencia necesaria de su ejecución. Por el contrario, para la Sala de Primera Instancia II del TPIY era suficiente con que el plan común contuviera un elemento de criminalidad, consistente en la probabilidad de que los delitos imputados resultaran cometidos a consecuencia de su ejecución.¹³² Para la Sala de Primera Instancia II del TPIY también era suficiente que los miembros del plan común fueran conscientes de esta probabilidad y la hubieran aceptado mutuamente.¹³³

Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su sentencia de apelación de 22 de marzo de 2006, dictada en el mismo caso Stakic, rechazó la aplicación de la coautoría mediata realizada por la Sala de Primera Instancia

¹²⁷ Olásolo y Pérez Cepeda, *op. cit.*, 2004, pp. 474 ss.

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ Decisión de primera instancia en el caso Stakic, párrafos 421-461 y 468-498.

¹³⁰ *Ibidem*, párrafos 470-477.

¹³¹ *Ibidem*, párrafos 477-482.

¹³² *Ibidem*, párrafos 470-477.

¹³³ *Ibidem*, párrafos 495-498.

cia II, por considerar que la costumbre internacional, al menos tal y como se manifestaba en el momento en que se produjeron los hechos objeto del caso, había adoptado un concepto subjetivo de autor, basado en la doctrina de la empresa criminal común.¹³⁴ En consecuencia, la Sala de Apelaciones sustituyó la condena a Milomir Stakic, como coautor mediato, por una condena como coautor, en cuanto que integrante de una empresa criminal común que incluía a los dirigentes de la administración civil, de la policía y del ejército de Prijedor, así como a los subordinados que ejecutaron directamente la campaña de limpieza étnica planeada y puesta en marcha por los dirigentes mencionados.¹³⁵

Es importante subrayar que, la Sala de Apelaciones del TPIY, afirmó la aceptación de un concepto subjetivo de autor en la costumbre internacional, sin referencia a fuente alguna.¹³⁶ En este sentido, como el autor ha expuesto extensamente en otros trabajos,¹³⁷ esta afirmación no sólo no se corresponde con el estado actual de la costumbre internacional en esta materia, sino que la propia Sala de Apelaciones del TPIY se ha desdicho en sentencias posteriores, en las que ha decidido aplicar varias de las manifestaciones de la teoría del dominio del hecho.¹³⁸ Además, en relación con la ley aplicable ante la Corte, conviene recordar que, tal y como la SCP I ha señalado en los casos Katanga y Lubanga, la costumbre internacional es sólo una fuente subsidiaria de Derecho, que es aplicable sólo en los supuestos en los que no sea suficiente con la interpretación del ER y de sus instrumentos suplementarios, a la luz de los principios de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al respecto, como vimos en secciones anteriores, la propia SCP I ha afirmado expresamente, que esta situación no se plantea con respecto a la adopción por el artículo 25(3)(a) del ER de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho.¹³⁹

¹³⁴ “The Prosecutor vs. Milomir Stakic”, Appeal Judgement, ICTY, Caso Núm. IT-97, 24-A, dictada por la Sala de Apelaciones el 22 de marzo de 2006, párrafo 62. Véase sobre el tratamiento en esta sentencia de la autoría mediata basada en la teoría del dominio del hecho, H. Olásolo, *op. cit.*, 2007, vol. 1, p. 142 ss.

¹³⁵ Sentencia de apelación en el caso Stakic, párrafos 63 ss.

¹³⁶ La conclusión es alcanzada sin referencia alguna al pie de página. Véase *Ibidem*, párrafo 62.

¹³⁷ H. Olásolo, *op. cit.*, 2008, pp. 285 ss.

¹³⁸ H. Olásolo, *op. cit.*, (en prensa), capítulo IV.

¹³⁹ Véase también la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 508) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 335).

CONCLUSIÓN

Tras una primera aproximación a la figura de la coautoría mediata adoptada por la SCP III de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, dictada por la SCP I, abre de nuevo las puertas de manera expresa al recurso a esta figura, tras su injustificado rechazo por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Stakic. En opinión del autor, se trata de un desarrollo particularmente relevante en un momento en el que el Derecho Penal Internacional se encuentra inmerso en un proceso de revisión de sus categorías tradicionales de autoría y participación, para reflejar con mayor precisión la responsabilidad penal de líderes políticos y militares en la comisión de crímenes internacionales.

Si bien es cierto que todavía queda un largo camino por recorrer, particularmente a la luz de las deficiencias que la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga presenta en la elaboración de los elementos subjetivos, no es menos cierto que su reafirmación del concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y su desarrollo de la coautoría mediata, suponen un adelanto importante en el tratamiento penal de las situaciones por las que, varios líderes políticos y militares, controlan conjuntamente una estructura organizada de poder, que utilizan de manera coordinada para asegurar la comisión de los delitos; o controlan diversas estructuras organizadas de poder que ponen en marcha coordinadamente para asegurar la comisión de los delitos.

REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN¹

EN SU decisión de 21 de mayo de 2003, en el caso *Milutinovic*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) afirma por primera vez de manera expresa que, de acuerdo con la costumbre internacional, el Derecho Penal Internacional adopta un sistema dualista que distingue entre autoría y participación,² y construye el concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la empresa criminal común (ECC).³ Posteriormente, la jurisprudencia de las salas de Apelaciones del TPIY y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) ha confirmado reiteradamente esta posición.⁴

¹ Ponencia presentada en el Congreso Internacional “El papel de América Latina en el Desarrollo del Derecho Penal Internacional”, organizado por la Universidad de Utrecht los días 17 y 18 de septiembre de 2008, y publicada en *Indret*, en julio de 2009.

² *The Prosecutor vs. Milan Milutinovic et al.* (Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction– Joint Criminal Enterprise) ICTY-99-37-AR72 (21 May 2003) párrafos 20 y 31 [en adelante decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY del 21 mayo de 2003 en el caso *Milutinovic* sobre la ECC].

³ *Idem.*

⁴ En relación con la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, véase *The Prosecutor vs. Milorad Krnojelac* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-97-25-A (17 Sep 2003) párrafos 30 y 73 [en adelante sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*]; *The Prosecutor vs. Mitar Vasiljevic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-98-32-A (25 Feb 2004) párrafos 95 y 102 [en adelante sentencia de apelación en el caso *Vasiljevic*]; *The Prosecutor vs. Tihomir Blaskic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-14-A (29 July 2004) párrafo 33 [en adelante sentencia de apelación en el caso *Blaskic*]; *The Prosecutor vs. Radislav Krstic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-98-33-A (19 April 2004) párrafos 134, 137 y 266-269 [en adelante sentencia de apelación en el caso *Krstic*]; *The Prosecutor vs. Kvočka et al.* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-98-30/1-A (28 Feb 2005) párrafo 79 [en adelante sentencia de apelación en el caso *Kvočka*]; *Prosecutor vs. Simic et al.* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-9-A (28 Nov 2006) párrafos 243, n. 265 [en adelante sentencia de apelación en el caso *Simic*]; *The Prosecutor vs. Radoslav Brdanin* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-

Con ello se ha puesto fin a la incertidumbre inicialmente generada por la propia Sala de Apelaciones del TPIY, en particular la sentencia de apelación emitida el 15 de julio de 1999 en el caso Tadic, en la que tras afirmar la naturaleza consuetudinaria de la doctrina de la ECC,⁵ y por tanto su aplicación en virtud del artículo 7 del Estatuto del TPIY,⁶ no define con precisión su naturaleza jurídica al referirse a ella utilizando expresiones tan diversas como “coautoría”⁷ y “complicidad”.⁸ En este sentido, es importante observar que esta indefinición inicial de la naturaleza jurídica de la doctrina de la ECC, no es sino el resultado del intento por justificar su carácter consuetudinario, sobre la base de la previa aplicación en sistemas monistas que no distinguen entre autoría y participación (como los previstos en los estatutos de Núrenberg y Tokio, y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado) de formas de responsabilidad individual, como las doctrinas angloamericanas sobre la conspiración, que pudieran tener un cierto parecido con la doctrina de la empresa criminal común.⁹

La construcción del concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la ECC, vino acompañada del rechazo de otros criterios que se han utilizado tradicionalmente en el ámbito nacional, para distinguir entre autores y partícipes en las situaciones en las que los delitos se cometen por la actuación coordinada de una pluralidad de personas. En particular, la Sala de Apelaciones del TPIY ha rechazado expresamente la aplicación de los

99-36-A (3 Apr 2007) párrafos 431, 434 y 444-450 [en adelante sentencia de apelación en el caso Brdanin]. En relación con la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIYR, véase entre otras: *The Prosecutor vs. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana* (Appeals Chamber Judgment) ICTR-96-10A (13 Dec 2004) párrafo 462 [en adelante sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana]; y *Sylvestre Gacumbitsi vs. The Prosecutor* (Appeals Chamber Judgment) ICTR-2001-64-A (7 Jul 2006) párrafo 158 [en adelante sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi].

⁵ *The Prosecutor vs. Dusko Tadic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-94-1-A (15 July 1999) párrafos 185-228 [en adelante sentencia de apelación en el caso Tadic].

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem*, párrafo 192.

⁸ *Ibidem*, párrafo 220. Véase también E. van Sliedregt, “Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, p. 189.

⁹ Esta cuestión ha sido tratada extensivamente en H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (en prensa), capítulo II. En el mismo sentido, G. Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 211, n. 636; y K. Ambos, *La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*, Konrad Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005, p. 75.

siguientes criterios: 1) el criterio objetivo-formal, característico de los sistemas de Common Law, que considera como (co)autores a quienes realizan personalmente, al menos, una parte de los elementos objetivos del tipo (el resto son partícipes en el delito cometido por otro),¹⁰ y 2) el criterio objetivo-material del dominio del hecho, característico de numerosos sistemas de tradición romano-germánica, conforme al cual sólo tienen la condición de (co)autores quienes poseen un dominio positivo (debido a que realizan por sí mismos o mediante un tercero que les sirve como instrumento, los elementos objetivos del tipo) o negativo (debido al carácter esencial de la contribución asignada en la ejecución del plan común) del hecho.¹¹

Al mismo tiempo que las Salas de Apelaciones de los TPIY y TPIR han afirmado el carácter consuetudinario de la construcción del concepto de coautoría, sobre la base de la doctrina de la ECC (y han rechazado el carácter consuetudinario de la teoría del dominio del hecho), la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI) en los casos Lubanga¹² y Katanga y Ngudjolo¹³ ha señalado que el artículo 25(3) del ER acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación.

Asimismo, esta jurisprudencia inicial de la CPI subraya que la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la ECC de las recogidas en el artículo 25 del ER, la prevista en el párrafo (3)(d), se configura no como una forma de coautoría, sino como una forma residual de complicidad.¹⁴

En este contexto, el presente artículo analiza las características más sobresalientes de la doctrina de la ECC, tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los TPIY y TPIR. Asimismo, el artículo aborda los numerosos problemas surgidos al intentar aplicar esta doctrina a dirigentes políticos y militares, lo que ha generado (tal y como el reciente intercambio de *amicus curiae* ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la Sala Extraor-

¹⁰ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 191-192.

¹¹ The Prosecutor vs. Stakic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-97-24-A (22 Mar 2006) párrafo 62 [en adelante sentencia de apelaciones en el caso Stakic].

¹² Lubanga Case (Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06 (29 Jan 2007) párrafos 340 y 341 [en adelante Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga].

¹³ Katanga and Ngudjolo Case (Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07 (1 Oct 2008) párrafo 488 [en adelante Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo].

¹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 337; y decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, párrafo 483.

dinaria de la Cortes de Camboya en el caso Duch ha vuelto a demostrar)¹⁵ importantes reticencias acerca de la idoneidad de construir el concepto de coautoría en Derecho Penal Internacional, sobre la base de la doctrina de la empresa criminal común.

ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA DOCTRINA
DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN

*Pluralidad de personas, plan común
y delitos integrales y previsibles*

La doctrina de la ECC, tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, requiere que una pluralidad de personas que no tienen por qué pertenecer a una estructura administrativa, militar, económica o política, se pongan libremente de acuerdo para cometer uno o más delitos.¹⁶

A diferencia de la conspiración, que criminaliza el acto preparatorio de alcanzar un acuerdo para cometer un delito, la doctrina de la ECC requiere que el plan común se lleve a cabo de manera que los delitos acordados se cometan durante su ejecución.¹⁷ Desde esta perspectiva, también es posible diferenciar la doctrina de la ECC de la pertenencia a organización crimi-

¹⁵ Véase, en particular, Duch Case (*Amicus Curiae* Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine) 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02) - D99-3-24 (27 Oct 08) [en adelante Cassese *Amicus Curiae*]; Duch Case (*Amicus Curiae* Concerning Criminal Case File No. 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)) 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27 (27 Oct 08) [en adelante Ambos *Amicus Curiae*]; y Duch Case (*Amicus Curiae* Brief Submitted by the Center for Human Rights and Legal Pluralism, McGill University Montreal, Quebec, Canadá), 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-25 (27 Oct 08) [en adelante McGill *Amicus Curiae*].

¹⁶ Véanse *inter alia* las sentencias de apelación en los casos Tadic (párrafo 227); Krunjelic (párrafo 31); Vasiljevic (párrafo 100); Kvočka (párrafo 81); Stakic (párrafo 64); y Brdanin (párrafo 364).

¹⁷ Decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY (21 May 2003) en el caso Milutinovic, sobre la ECC, párrafos 23-26. Véase también, The Prosecutor vs. Milan Martić (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-11-A (8 Oct 2008) párrafo 82 [en adelante sentencia de apelación en el caso Martić]. Véase también A Fichtelberg, “Conspiracy and International Criminal Justice”, en *Criminal Law Forum*, vol. 17, 2006, p. 165; y The Prosecutor vs. Milan Martić (Appeals Chamber Judgment, Separate Opinion of Judge Schomburg on the individual criminal responsibility of Milan Martić) ICTY-95-11-A (8 Oct 2008) párrafos 5-7.

nal o banda armada, en cuanto que esta última castiga la mera incorporación voluntaria a una cierta organización, con el conocimiento de que sus fines últimos o los medios que emplea son constitutivos de delito.¹⁸

La doctrina de la ECC requiere que el plan común se dirija específicamente a la comisión de los delitos integrales (*core crimes*) de la ECC, o que al menos, la comisión de estos últimos sea el medio elegido para la consecución de los fines a los que se dirige el plan común.¹⁹ No es necesario, sin embargo, que el plan común haya sido acordado con anterioridad a la comisión de los delitos, puesto que éste puede adoptarse sobre la marcha.²⁰ Tampoco es necesario que el acuerdo para adoptar el plan común sea expreso, ya que su existencia puede deducirse de las circunstancias del caso, incluyendo el hecho de que varias personas hayan actuado de manera coordinada en la ejecución de los delitos integrales del plan.²¹

Si el plan común adquiere una estructura institucional se convierte en un sistema de represión.²² Al respecto, es importante subrayar que la jurisprudencia constante de los TPIY y TPIR distingue tres variantes de la doctrina de la ECC (la variante básica, la variante sistémica y la variante amplia),²³ y subraya que la variante sistémica no es sino una subcategoría de la variante básica (ambas son aplicables en relación con los delitos integrales de la ECC), que se aplica en los supuestos en los que el plan común consiste en establecer o en favorecer el desarrollo de un sistema organizado de represión

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 227; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 31; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 100; sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafo 81; sentencia de apelación en el caso Stakic, párrafo 64; y sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 364.

²⁰ *Idem*.

²¹ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 227; *The Prosecutor vs. Anton Furundzija* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-17/1-A (21 Jul 2000) párrafo 114 [en adelante sentencia de apelación en el caso Furundzija]; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 97; y sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 109.

²² Sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafo 320.

²³ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 227-228; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafos 83-84; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 96; sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafos 79-83; sentencia de apelación en el caso Stakic, párrafo 64; sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 364; y sentencia de apelación en el caso Martić, párrafos 80-84. Véase también, Mc Gill *Amicus Curiae*, párrafos 23-29; Ambos *Amicus Curiae* Brief, pp. 8-15; y V. Haan, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, p. 170.

(por ejemplo un campo de concentración), en el cual se cometen los delitos integrales de la empresa criminal común.²⁴

De particular importancia es la exigencia de que, al menos uno de los delitos imputados, sea parte integral del plan común, en el sentido de que constituya el objetivo último de dicho plan o el medio elegido para la consecución de sus fines. En los supuestos en los que ninguno de los delitos imputados es parte integral del plan común, de manera que su comisión se presente sólo como una consecuencia natural y probable de la ejecución de dicho plan, no es posible aplicar la doctrina de la empresa criminal común.²⁵

En este sentido, conviene subrayar que la aplicación de la variante amplia de la doctrina de la ECC —que cubre aquellos delitos cuya comisión, a pesar de ir más allá del plan común, es una consecuencia natural y previsible de su ejecución—²⁶ es sólo posible si, debido a que uno o varios de los delitos imputados son parte integral del plan común, puede aplicarse a ellos la variante básica o sistémica de la ECC.²⁷ En otras palabras, si el imputado es condenado como coautor de los delitos integrales de una ECC básica o sistémica, sólo cabe analizar su posible responsabilidad penal por los delitos que, a pesar de no ser parte integral del plan común, constituyen una consecuencia natural y previsible de su ejecución.

Es por ello que la jurisprudencia del TPIY reitera en numerosas ocasiones, que la aplicación de la variante amplia de la ECC es particularmente adecuada en las situaciones en las que el plan común consiste en el desplazamiento forzado a punta de pistola de los miembros de un determinado grupo étnico, causando la muerte durante su ejecución a uno o más

²⁴ The Prosecutor vs. Milorad Krnojelac (Judgment) ICTY-97-25-T (15 Mar 2002) párrafo 78 [en adelante “sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac”]. Véase también sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 202, 203 y 228; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 89; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 98; y sentencia de apelación en el caso Kvočka, párrafo 82.

²⁵ The Prosecutor vs. Moncilo Krajisnik (Judgment) ICTY-00-39-T (27 Sep 2006), párrafo 1 096 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik].

²⁶ Véase, en particular, sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 204 y 228; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 32; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 99; sentencia de apelación en el caso Blaskic, párrafo 33; sentencia de apelación en el caso Kvočka, párrafo 83; sentencia de apelación en el caso Stakic, párrafo 65; y sentencia de apelación en el caso Martić, párrafos 83-84. Véase también V. Haan, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 191-192.

²⁷ *Idem*.

miembros de dicho grupo.²⁸ En estas situaciones, si bien la muerte de los miembros del grupo perseguido no es parte integral del plan común, no puede sino afirmarse que se trata de una consecuencia natural y previsible de su ejecución.²⁹

Según la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Krajisnik*, es posible también que alguno de los delitos que en un principio se configuran como meras consecuencias previsibles de la ejecución del plan común, se conviertan con el paso del tiempo en delitos integrales de la ECC.³⁰ Para la Sala de Primera Instancia, la extensión de los delitos integrales del plan común se produciría, por ejemplo, cuando los miembros de la ECC reciben información sobre el hecho de que, en su ejecución, se están cometiendo delitos no integrales y, a pesar de ello, persisten en la ejecución del plan común sin tomar medida alguna para evitar su comisión.³¹

Según el razonamiento de la Sala de Primera Instancia, ante estas circunstancias cabría concluir que los miembros de la ECC habrían aceptado la expansión de los medios delictivos por los que se lleva a cabo el plan común, en cuanto que su ejecución no se puede entender más como limitada a la comisión de los delitos que originalmente formaron parte integral de dicho plan.³² En otras palabras, la Sala de Primera Instancia realiza una doble inferencia. En primer lugar, infiere la aceptación de aquellos delitos que no son parte integral del plan común de los miembros de la ECC, por el hecho de que estos últimos continúan contribuyendo a su ejecución. A continuación, sobre la base de esta aceptación, realiza una segunda inferencia, que consiste en afirmar la existencia de un deseo compartido de los miembros de la ECC de que se comentan dichos delitos, lo que les convierte automáticamente en responsables de ellos, a título de coautores conforme a la variante básica de la empresa criminal común.

Este tipo de situaciones se diferencia de otras en las que existen varias ECC actuando de manera simultánea. En relación con este segundo tipo de

²⁸ Sentencia de apelación en el caso *Vasiljevic*, párrafo 99; y *The Prosecutor vs. Dario Kordic y Mario Cerkez (Judgment) ICTY-95-14/2-T* (26 Feb 2001), párrafo 396 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso *Kordic*]. Véase también sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafos 204, 220, 228; sentencia de apelación en el caso *Krnjelac*, párrafo 32; sentencia de apelación en el caso *Blaskic*, párrafo 33; sentencia de apelación en el caso *Kvočka*, párrafo 83; y sentencia de apelación en el caso *Stakic*, párrafo 65. Véase también *V. Haan, op. cit.*, pp. 191-192.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Krajisnik*, párrafo 1098.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

situaciones, la Sala de Primera Instancia en el caso Kvočka introdujo el concepto *empresas criminales comunes subsidiarias* (ECC).³³ Este concepto parte de la premisa de que se puede hablar de ECC cuando dos o más personas participan en un esfuerzo criminal común (con independencia de si éste consiste en el robo de un banco por dos individuos o en el asesinato sistemático de varios millones de personas).³⁴ De esta manera, cuando nos encontramos con una ECC de grandes dimensiones (por ejemplo, la persecución de la población de extracción no serbia residente en el territorio de Bosnia y Herzegovina), es posible que coexistan simultáneamente otras ECC subsidiarias (como sería el caso del campo de concentración de Omarska).³⁵ Lógicamente, las ECC subsidiarias tendrían normalmente un plan común mucho más específico y limitado, que podría consistir en la ejecución de programas de trabajos forzados, de violación sistemática y embarazo forzado o de exterminio de los miembros de un determinado grupo.³⁶

La jurisprudencia del TPIY en el caso Krstić afirma la existencia de un tercer grupo de situaciones en las que varias ECC podrían funcionar de manera consecutiva.³⁷ Un ejemplo de este tercer tipo de situaciones sería la acaecida en la zona de seguridad de Srebrenica, tras su captura por las fuerzas serbo-bosnias. Allí, habría existido inicialmente una ECC dirigida a perseguir a la población bosnio-musulmana del enclave de Srebrenica, que con el paso del tiempo se habría convertido en una segunda ECC dirigida a destruir la población masculina de extracción bosnio-musulmana de dicho enclave.³⁸

Contribución a la ejecución del plan común

La doctrina de la ECC requiere que sus miembros, además de ponerse de acuerdo en el contenido del plan común, contribuyan a su ejecución. Esta

³³ The Prosecutor vs. Miroslav Kvočka *et al.* (Trial Judgment) ICTY-98-30/1-T (2 Nov 2001), párrafo 307 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Kvočka]. Véase también K. Gustafson, “The Requirements of an ‘Express Agreement’ for Joint Criminal Enterprise Liability: A Critique of Brdanin”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 150-158.

³⁴ Sentencia de primera instancia en el caso Kvočka, párrafo 320.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ Prosecutor vs. Radislav Krstić (Trial Judgment) ICTY-98-33-T (2 August 2001), párrafo 621 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Krstić].

³⁸ *Idem.*

contribución puede tomar multitud de formas,³⁹ de manera que tanto puede consistir en la ejecución directa de alguno de los elementos objetivos del tipo,⁴⁰ como en la omisión en el cumplimiento de ciertos deberes a los efectos de facilitar la ejecución del plan común.⁴¹ Por tanto, el hecho de que el imputado no se encuentre físicamente en la escena del delito cuando éste se produce, no excluye automáticamente su responsabilidad a título de coautor, conforme a la doctrina de la ECC. Del mismo modo, el hecho de que el delito se haya cometido con anterioridad o posterioridad a la presencia física del imputado, en el centro de detención en el que presuntamente se cometió, tampoco excluye su responsabilidad penal a título de coautor.⁴²

Uno de los elementos fundamentales en la determinación de la naturaleza jurídica de la doctrina de la ECC, es la relativa al nivel de contribución requerido en la ejecución del plan común. La Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Tadic,⁴³ Kvocka⁴⁴ y Vasiljevic,⁴⁵ ha subrayado que la doctrina de la ECC sólo requiere que el imputado haya participado de alguna manera en la ejecución del plan común. Solamente cuando se pretende inferir el nivel de contribución del imputado a la ejecución del plan común, y su intención de que se cometan los delitos integrales del plan, el nivel de dicha contribución, conforme a lo sostenido por la propia Sala de Apelaciones en los casos Brdanin⁴⁶ y Martic,⁴⁷ debe ser significativo.⁴⁸ En consecuencia, la principal distinción, desde un punto de vista objetivo, entre la coautoría basada en la doctrina de la ECC y la complicidad, es que esta última requiere de un nivel de contribución sustancial que no es exigido en la primera.⁴⁹

³⁹ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 211; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 31; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 100; sentencia de apelación en el caso Blaskic, párrafo 33; sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafos 97-98; sentencia de apelación en el caso Stakic, párrafo 65; y sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 364.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafos 112 y 187; y Prosecutor vs. Mpambara (Judgment) ICTR-01-65-T (11 Sep 2006), párrafo 24 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Mpambara]. Véase también V. Haan, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, p. 137.

⁴² Sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafo 114.

⁴³ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 229.

⁴⁴ Sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafo 97.

⁴⁵ Sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 100.

⁴⁶ Sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 430.

⁴⁷ Sentencia de apelación en el caso Martic, párrafo 82.

⁴⁸ H. Olásolo, *op. cit.* (en prensa), pp. 165-166.

⁴⁹ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 229.

En consecuencia, para la doctrina de la ECC, el desvalor de la conducta de los miembros de la ECC se centra en el hecho de que proceden a la ejecución del plan común, con el deseo compartido de que se produzcan los delitos integrales que lo componen.⁵⁰ Cuando los delitos se cometen mediante un sistema de represión (variante sistémica de ECC), este deseo compartido es inherente al hecho de continuar favoreciendo el funcionamiento del sistema, a pesar de conocer su naturaleza.⁵¹ Finalmente, la variante amplia de la ECC atribuye sólo responsabilidad penal por la comisión de aquellos delitos que, a pesar de no ser parte integral del plan común, son consecuencia natural y previsible de su ejecución, si los miembros de la ECC comparten, al menos, el deseo de que se cometan los delitos integrales de dicho plan.⁵²

Por ello, se puede afirmar que la construcción del concepto de coautoría, con base en la doctrina de la ECC, tal y como ha hecho la jurisprudencia de los TPIY y TPIR a partir de 2003, supone decantarse por un criterio subjetivo a la hora de distinguir entre autoría y participación, y consecuentemente conlleva el rechazo de otros criterios alternativos como el objetivo formal, o incluso el objetivo material, que tiene en la doctrina del dominio del hecho su mayor exponente.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN

Variante básica de la ECC

Los elementos subjetivos de la doctrina de la ECC son distintos en cada una de sus tres variantes. La variante básica requiere que todos los miembros de la ECC compartan la intención de cometer los delitos que forman parte integral del plan común.⁵³ En consecuencia, cada uno de sus miembros debe con-

⁵⁰ Decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003, en el caso Milutinovic sobre la ECC, párrafo 20.

⁵¹ E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 186. Véase también, sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 228; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafos 93-94; sentencia de apelación en el caso Kvočka, párrafo 82; Sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 365.

⁵² Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 228; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 101; y sentencia de apelación en el caso Blaskic, párrafo 33. Véase también H. van der Wilt, "Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, p. 96, y E. van Sliedregt, *op. cit.*

⁵³ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 228; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 32; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 101; sentencia

tribuir a la ejecución de dicho plan con un *dolo* directo de primer grado,⁵⁴ en relación con la comisión de los delitos que integran el plan.⁵⁵ Además, cuando el tipo subjetivo de tales delitos requiere un determinado *dolus specialis* (como la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso en el delito de genocidio, o la intención de discriminar por un motivo no permitido por el Derecho Internacional en el crimen contra la humanidad de persecución), cada uno de los miembros de la ECC debe actuar motivado por dicha intención.⁵⁶

Este requisito se encuentra íntimamente relacionado con la exigencia del plan común, y constituye la piedra angular de configuración de la doctrina de la ECC como una forma de coautoría, puesto que las contribuciones realizadas por los demás miembros de la ECC para la ejecución del plan común, pueden atribuirse sólo al imputado, en cuanto que son llevadas a cabo con una intención compartida.⁵⁷

La exigencia de que todos los miembros de la ECC deban compartir la intención de que se cometan los delitos integrales del plan común, ha llevado a la jurisprudencia del TPIY a plantearse quiénes deben ser miembros de la ECC. Se trata en definitiva de determinar si autores directos y autores intelectuales deben ser parte de la misma empresa criminal común.

Esta cuestión tiene particular relevancia cuando se analiza la presunta responsabilidad penal de dirigentes políticos y militares en la comisión de extensas campañas de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra durante un periodo de varios años. En definitiva, se trata de determinar si en aquellas situaciones en las que se imputa, por ejemplo, una campaña de persecución de cuatro años contra la población de extracción no serbo-bosnia residente en el territorio de la autoproclamada República Serbia de Bosnia-Herzegovina (República Sprska), es necesario que las decenas de miles de

de apelación en el caso Kvočka, párrafos 82 y 83; sentencia de apelación en el caso Stakic, párrafo 65; y sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 365.

⁵⁴ El concepto de *dolo directo* de primer grado ha sido definido por la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 352.

⁵⁵ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 228; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 32; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafo 101; sentencia de apelación en el caso Kvočka, párrafo 82; sentencia de apelación en el caso Stakic, párrafo 65; y sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 365.

⁵⁶ The Prosecutor vs. Anton Furundzija (Judgment) ICTY-95-17/1-T (10 Dec 1998), párrafo 257 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Furundzija]; y sentencia de apelación en el caso Furundzija, párrafo 118.

⁵⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 326 y 362.

autores directos y mandos medios deben ser parte de la misma ECC, como lo fueron los más altos dirigentes políticos y militares que planearon y pusieron en marcha dicha campaña.

Si la respuesta fuese afirmativa, esto significaría que sería necesario que todos los autores directos, mandos medios y altos líderes políticos y militares se pusiesen de alguna manera de acuerdo en el contenido del plan común, y lo ejecutasen compartiendo un dolo directo de primer grado, en relación con la expulsión de los miembros del grupo perseguido, así como con el *dolus specialis* de discriminar a los miembros de dicho grupo.⁵⁸

Además, una respuesta afirmativa significaría también que, en el caso de que se pudieran superar las enormes dificultades probatorias derivadas del gran número de miembros de la ECC, de sus importantes diferencias de rango y de su residencia en lugares tan distantes del país, se imputaría a todos los miembros de la ECC (ya fuesen altos dirigentes políticos y militares, ya fuesen autores directos de un delito determinado) en calidad de coautores, por el conjunto de los actos de persecución cometidos durante cuatro años por decenas de miles de autores materiales.

Durante años, la jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha tenido grandes dificultades para responder a la pregunta planteada anteriormente. La definición tradicional de la doctrina de la ECC, tanto en los sistemas de Common Law de los que procede⁵⁹ como en la jurisprudencia inicial de los TPIY y TPIR, exige que los autores directos de los delitos integrales sean, en todo caso, parte de la ECC.⁶⁰ Conforme a esta concepción tradicional, la realización de los elementos objetivos del tipo de los delitos integrales sólo puede atribuirse a aquellos miembros de la ECC que no los llevan a cabo directamente, en nuestro caso los altos dirigentes políticos y militares que planean y ponen en marcha la campaña de persecución, porque quienes los ejecutan directamente actúan de manera coordinada con aquéllos en la implementación del plan común.

Ahora bien, al aplicar esta concepción tradicional a extensas campañas

⁵⁸ Este *dolus specialis* es requerido por el crimen contra la humanidad de persecución.

⁵⁹ P. Gillies, *Criminal Law*, 4a. ed., LBC Information Services, North Ryde, 1997, pp. 173-175; y J. C. Smith y B. Hogan, *Criminal Law*, 11a. ed., Butterworths, Londres, 2005, pp. 190-193.

⁶⁰ Véase en particular la sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafos 83-84. Véase también sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 227-228; The Prosecutor vs. Blagoje Simic *et al.* (Judgment) ICTY-95-9T (17 Oct 2003), párrafo 158 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Simic], y The Prosecutor vs. Radoslav Brdanin (Judgment) ICTY-99-36-T (1 Sep 2004), párrafos 262, 264, 344 y 347 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Brdanin].

de persecución desarrolladas durante varios años, la jurisprudencia del TPIY ha reconocido, en particular, los problemas que presenta tanto en materia probatoria, como desde la perspectiva del principio de culpabilidad, puesto que podría llevar a atribuir, a título de coautor, a un soldado que expulsa de su casa a una familia de bosnio-musulmanes, la expulsión de cientos de miles de bosnio-musulmanes durante un periodo de cuatro años en el territorio de la República Sprska.⁶¹ Si además tenemos en cuenta que la doctrina de la ECC no requiere que el grado de contribución a la ejecución del plan común sea significativa, se podría estar corriendo el riesgo de transformar dicha doctrina en una de responsabilidad penal colectiva.⁶²

Por esta razón, la Sala de Apelación del TPIY, en particular en su reciente decisión en el caso Brdanin,⁶³ afirma que no es necesario que los autores materiales y los mandos medios sean miembros de la ECC creada por los más altos líderes políticos y militares. Según la Sala de Apelaciones, la doctrina de la ECC es perfectamente aplicable a un pequeño grupo de altos líderes políticos y militares que, tras acordar el plan común, utilizan a sus subordinados en las instituciones que dirigen para asegurar su ejecución.⁶⁴

En opinión del autor, la redefinición de la doctrina de la ECC, en la manera sugerida por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Brdanin, resuelve los problemas que presenta la aplicación de la concepción tradicional de la ECC en relación con dirigentes políticos y militares. Sin embargo, se encuentra con el problema de que, en realidad, transforma la naturaleza jurídica de la doctrina de la ECC, en cuanto que no existe más una comunidad de intención entre los autores materiales de los delitos y los dirigentes que los planean y ponen en marcha su comisión. Al contrario, estos últimos se aprovechan de su control sobre las instituciones que dirigen para *instrumentalizar* a los primeros.

⁶¹ Sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 445.

⁶² K. Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 167-168; y M. Elewa Badar, "Just Convict Everyone! Joint Perpetration from Tadic to Stakic and Back Again", *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, p. 302 [en adelante Elewa]. Por esta razón, para A. M. Danner y J. S. Martínez ("Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 150-151), la doctrina de la ECC debería exigir que la contribución al plan común fuera cuando menos significativa. Si bien, como vimos en el apartado anterior, esta posición ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY en las sentencias de los casos Tadic (párrafo 229), Kvočka (párrafo 97) y Vasiljevic (párrafo 100).

⁶³ Sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafos 410-414.

⁶⁴ *Idem*.

De esta manera, la doctrina de la ECC, que en su concepción tradicional se apoya sobre un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, se convierte en una doctrina que se sustenta de modo relevante en la teoría del dominio del hecho. Esta transformación es particularmente sorprendente si se tiene en cuenta que, en la sentencia de 31 de marzo de 2006 del caso Stakic, la propia Sala de Apelaciones del TPIY rechazó de plano la aplicación de la doctrina del dominio del hecho por no tener un carácter consuetudinario.⁶⁵

Variante sistémica de ECC

La variante sistémica de la ECC requiere, en principio, del conocimiento de la existencia de un sistema de represión y de la intención de favorecer la naturaleza criminal del mismo.⁶⁶ Sin embargo, en opinión del autor, no existe una diferencia real entre las variantes básica y sistemática de la ECC, en relación con los elementos subjetivos que se requieren en las mismas,⁶⁷ puesto que, al cometerse los delitos integrales mediante un sistema de represión, puede considerarse que la intención de favorecer la naturaleza criminal del sistema entraña en sí un *dolo* directo de primer grado compartido en relación con la comisión de dichos delitos.⁶⁸

Las sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Krnojelac y Kvocka apoyan esta interpretación, al establecer que, cuando la definición de los delitos cometidos mediante un sistema de represión requiera el actuar motivado por un cierto *dolus specialis*, la variante sistémica de la ECC exige que sus miembros actúen motivados por el mismo.⁶⁹

En consecuencia, según la Sala de Apelaciones, si no se puede demostrar que el imputado ha actuado motivado por dicho *dolus specialis*, sólo podrá

⁶⁵ Decision de apelación en el caso Stakic, párrafo 62.

⁶⁶ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 202, 203 y 228; sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 32; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafos 98 y 105; sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafo 82; sentencia de apelación en el caso Stakic, párrafo 65; y sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafo 365.

⁶⁷ Sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafos 98 y 105. Esta interpretación fue implícitamente planteada por primera vez en la sentencia de apelación del caso Krnojelac, párrafos 93-94.

⁶⁸ Véase V. Haan, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, p. 189.

⁶⁹ Sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafo 11, y sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafo 110. Ambas confirman las conclusiones de las sentencias de primera instancia en los casos Krnojelac (párrafo 487) y Kvocka (párrafo 288).

ser penalmente responsable a título de cómplice, y ello siempre y cuando se pueda probar que ha realizado una contribución sustancial a la comisión de los delitos que se le imputan, con el conocimiento de que sus autores materiales poseían el *dolus specialis* requerido.⁷⁰

Variante amplia de ECC

Como vimos en apartados anteriores, la variante amplia de la doctrina de la ECC constituye una extensión de sus variantes básica y sistémica. De manera que, sólo si existe una ECC básica o sistémica, podrá aplicarse la variante amplia de ECC, respecto a los delitos que, a pesar de no ser parte integral del plan común, son una consecuencia natural y previsible de su ejecución.⁷¹

De esta manera, el primer requisito subjetivo de la variante amplia de ECC es la intención de formar parte de una ECC básica o sistémica y, por tanto, de contribuir a la ejecución del plan común. Se requieren, además, otros dos requisitos: 1) el conocimiento de que, como consecuencia de la ejecución de dicho plan, es natural y previsible que alguno de los miembros de la ECC pueda cometer uno o varios delitos no integrales, y 2) la aceptación de este riesgo como consecuencia de haberse unido o de continuar siendo parte de la ECC a pesar de dicho conocimiento.⁷²

Por tanto, se puede afirmar que la variante amplia de ECC adopta como elemento subjetivo un estándar similar a la *recklessness* consciente en los sistemas de Common Law, puesto que sólo se requiere conciencia de que los delitos previsible son una consecuencia posible (si bien no tienen por qué ser una consecuencia probable o sustancialmente probable) de la ejecución del plan común, y no es necesaria una aceptación “clara o expresa” de la comisión de dichos delitos.⁷³ Por el contrario, es suficiente con que se acepte el riesgo de que puedan cometerse al unirse o continuar participando en la ECC básica o sistémica.⁷⁴ Esto marca, en nuestra opinión, una

⁷⁰ Sentencia de primera instancia en el caso Kvočka, párrafo 110.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Sentencia de apelación en el caso Tadić, párrafos 204, 220 y 228; sentencia de apelación en el caso Vasiljević, párrafo 99; sentencia de apelación en el caso Kvočka, párrafo 83; sentencia de apelación en el caso Stakić, párrafo 65; y sentencia de apelación en el caso Blaskić, párrafo 33. Véanse también las sentencias de primera instancia en los casos Krnojević (párrafo 78) y Krajišnik (párrafos 881 y 890); y H. van der Wilt, *op. cit.*

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Sentencia de apelación en el caso Blaskić, párrafo 33. Véase también *The Prosecutor vs. Ramush Haradinaj et al. (Judgment) ICTY-04-84-T (3 April 2008)*, párrafo 139

diferencia importante con el concepto de *dolo eventual* que, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, contiene el elemento volitivo de menor intensidad que podría ser parte del concepto de *intención* previsto en el artículo 30 del Estatuto de Roma.⁷⁵

Sin embargo, para algunos autores, la variante amplia de ECC podría aplicarse también en situaciones en las que no se es consciente de que la comisión de los delitos previsibles es una consecuencia posible de la ejecución

[en adelante sentencia de primera instancia en el caso Haradinaj]. Esta interpretación es apoyada por numerosos autores, véase *inter alia* S. Powles, “Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, p. 609; H. van der Wilt, *op. cit.*; y Ambos *Amicus Curiae*, p. 18.

⁷⁵ La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI señala que el elemento subjetivo general previsto en el artículo 30 del ER, requiere la presencia de un elemento volitivo. Este elemento volitivo incluye, *inter alia*: 1) situaciones de dolo eventual en las que el imputado es consciente del riesgo de que los elementos objetivos del tipo del delito de que se trate, pueden resultar de sus acciones u omisiones, y 2) acepta este resultado al reconciliarse con el mismo o consentir el mismo. Además, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, en las situaciones de dolo eventual se pueden distinguir dos escenarios. En el primero, el riesgo de producir los elementos objetivos del tipo es sustancial; es decir, cuando existe una probabilidad sustancial de que dichos elementos se producirán “en el curso normal de los acontecimientos”. En este escenario, el hecho de que el imputado acepte la idea que tales elementos se lleven a cabo se puede inferir de: 1) el conocimiento del imputado de la probabilidad sustancial de que sus acciones u omisiones resultarán en la realización de los elementos objetivos del tipo, y 2) la decisión del imputado de proceder con sus acciones u omisiones a pesar de este conocimiento. En el segundo escenario, el riesgo de producir los elementos objetivos del tipo es bajo. En estos casos, el imputado debe haber aceptado expresamente la producción de dichos elementos como resultado de sus acciones u omisiones. Véase al respecto la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 350-353. Véase también la definición de dolo eventual recogida en *The Prosecutor vs. Milomir Stakic (Judgment) ICTY-97-24-T* (31 Jul 2003), párrafo 483 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Stakic].

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI ha subrayado, también, la diferencia entre los conceptos de la *recklessness* consciente y del dolo eventual, en cuanto a que la primera requiere sólo que el imputado sea consciente de la existencia del riesgo de generar los elementos objetivos del tipo como consecuencia de sus acciones u omisiones. En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares I ha subrayado que el concepto de *recklessness* consciente no requiere que el imputado se reconcilie con la idea o consienta en la producción de dichos elementos objetivos del tipo. Por esta razón, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, el concepto de *recklessness* no es parte del concepto de *intención*. Véase la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 355, n. 438. En el mismo sentido, (G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 2a. ed., Oxford University Press, 2000, p. 443), ha señalado que la *recklessness* es una especie de equivalente a lo que los autores alemanes llaman *culpa consciente*. En consecuencia, el problema de distinguir entre intención y *recklessness* consciente surge de que, en ambos casos, el imputado es consciente de que puede generar el resultado prohibido.

del plan común.⁷⁶ En tanto que uno se encuentre objetivamente en posición de prever dicha posibilidad, es irrelevante si realmente se prevé.⁷⁷ En consecuencia, para estos autores, la variante amplia de ECC es aplicable siempre que se pueda probar que una persona media razonable en la misma posición que el imputado, hubiera previsto que la comisión de los delitos previsibles era una consecuencia posible de la ejecución del plan común.⁷⁸

Adoptar esta posición significaría admitir la imprudencia, puesto que se estaría castigando por el incumplimiento del deber de conducirse con la diligencia debida, al analizar las posibles consecuencias de la ejecución del plan común antes de adherirse a él.⁷⁹

Aunque quienes apoyan esta posición la justifican con base en la especial peligrosidad que presentan quienes se adhieren al plan común,⁸⁰ la jurisprudencia de los tribunales de los TPIY y TPIR ha rechazado en numerosas ocasiones la introducción de la imprudencia.⁸¹

⁷⁶ Cassese *Amicus Curiae*, párrafos 26-27.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ El estándar propuesto en el Cassese *Amicus Curiae*, párrafos 26 y 27, no constituye ni siquiera un supuesto de *recklessness* inconsciente o imprudencia temeraria, pues se basa en el criterio de una persona media razonable. Un análisis de la distinción entre los conceptos de *recklessness* inconsciente o imprudencia temeraria y simple imprudencia puede verse en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 358.

⁸⁰ Cassese *Amicus Curiae*, párrafo 82.

⁸¹ Véase *inter alia* la sentencia de primera instancia en el caso Stakic, párrafo 587; The Prosecutor vs. Stanislav Galic (Judgment) ICTY-98-29-T (5 Dec 2003), párrafos 545-555 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Galic]; sentencia de primera instancia en el caso Brdanin, párrafo 386; The Prosecutor vs. Nasser Oric (Judgment) ICTY-03-68-T (30 June 2006), párrafo 348 [en adelante sentencia de primera instancia en el caso Oric]; y The Prosecutor vs. Milan Martić (Judgment) ICTY-95-11-T (12 June 2007), párrafo 60 [en adelante, sentencia de primera instancia en el caso Martić]. Además, en el marco de la responsabilidad de los superiores jerárquicos por actos cometidos por sus subordinados, el estándar “debería haber conocido” introducido por The Prosecutor vs. Tihomir Blaskić (Judgment) ICTY-95-14-T (3 March 2000), párrafo 332 [en adelante, sentencia de primera instancia en el caso Blaskić], ha sido sistemáticamente rechazado por la jurisprudencia de los TPIY y TPIR. La razón principal para rechazar este estándar en este contexto es que los artículos 7(3) del Estatuto del TPIY y 6(3) del Estatuto del TPIR no criminalizan la imprudencia simple de los superiores en el cumplimiento de su deber de estar en todo momento informados de las actividades de sus subordinados. Al respecto, véase The Prosecutor vs. Ignace Bagilishema (Appeals Chamber Judgment) ICTR-95-01A-A (3 July 2002), párrafos 35 y 42 [en adelante, sentencia de apelación en el caso Bagilishema]; The Prosecutor vs. Zejnil Delalić *et al.* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-96-21-A (20 February 2001), párrafo 241 [en adelante sentencia de apelación en el caso del campo de detención de Celebici]; sentencia

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, la variante amplia de ECC es aplicable en aquellos delitos cuya definición requiere un elemento subjetivo más exigente que la *recklessness* consciente, como sería el caso del dolo directo de primer grado, del dolo directo de segundo grado o incluso del dolo eventual.⁸²

Además, según la propia Sala de Apelaciones del TPIY, la variante amplia de la ECC es también aplicable en los delitos que, además del elemento subjetivo general, requieren un *dolus specialis*, como por ejemplo la intención de destruir en todo o en parte al grupo nacional, étnico, racial o religioso al que pertenece el autor.⁸³ Por tanto, se puede ser penalmente responsable por genocidio sin poseer la intención genocida requerida por la definición del delito.⁸⁴

Tras la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 mayo de 2003, en el caso *Milutinovic* sobre la ECC, la jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha considerado las tres variantes de ECC como supuestos de coautoría. Como hemos visto en las secciones anteriores, son varios los problemas que pre-

de apelación en el caso *Krnojelac*, párrafo 151; sentencia de apelación en el caso *Blaskic*, párrafo 62; *The Prosecutor vs. Stanislav Galic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-98-29-A (30 November 2006), párrafo 184 [en adelante sentencia de apelación en el caso *Galic*]; *The Prosecutor vs. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-01-47-A (22 April 2008), párrafos 26-29 [en adelante sentencia de apelación en caso *Hadzihasanovic*]; *The Prosecutor vs. Nasser Oric* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-03-68-A (3 July 2008), párrafo 51 [en adelante sentencia de apelación en el caso *Oric*]; *The Prosecutor vs. Pavle Strugar* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-01-42-A (17 July 2008), párrafo 297 [en adelante, sentencia de apelación en el caso *Strugar*].

⁸² Esta posición ya fue planteada por la defensa en el caso *Stakic* ante el TPIY. Sin embargo, la Sala de Apelaciones la rechazó, limitándose a señalar que, en cuanto que la doctrina de la ECC en su conjunto no viola el principio de legalidad porque tenía naturaleza consuetudinaria cuando se inicia el conflicto en la antigua Yugoslavia, sus distintas variantes (incluyendo su variante amplia) no pueden tampoco violar el principio de legalidad. Véase la sentencia de apelación en el caso *Stakic*, párrafos. 100-101.

⁸³ Véase la explicación sobre el concepto de *ulterior intent* en jurisdicciones de tradición de Common Law, que equivale al concepto de *dolus specialis* en las jurisdicciones de tradición romano-germánica. Véase J. C. Smith y B. Hogan, *op. cit.*, p. 165. En este sentido, lo importante es distinguir entre los conceptos de *specific intent* y *ulterior intent*. Así, mientras el primero equivaldría al concepto de *dolo directo* de primer grado en los sistemas romano-germánicos, el segundo se asemeja a la noción de *dolus specialis*.

⁸⁴ *The Prosecutor vs. Radoslav Brdanin* (Decision on Interlocutory Appeal) ICTY-99-36-A (19 March 2004), párrafos 5-10. Véase también *Andre Rwamakuba vs. The Prosecutor* (Appeals Chamber Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide) ICTR-98-44-AR72.4 (22 October 2004), párrafos 10, 14 y 31.

senta esta concepción; pero, sin duda, dichos problemas se agudizan cuando se relacionan con la variante amplia de la empresa criminal común.⁸⁵

Al respecto, es importante subrayar que el concepto de *coautoría* permite que un individuo sea considerado autor de un delito, a pesar de no haber llevado a cabo directamente los elementos de su tipo objetivo, debido a que se le atribuyen las acciones u omisiones de terceros con los que actúa de manera coordinada en ejecución de un plan común y comparte la intención de que se cometa el delito de que se trate.⁸⁶

Ahora bien, la situación en la variante amplia de la ECC es distinta, puesto que a pesar de la existencia de un plan común: 1) los delitos previsibles no son parte de él, en cuanto que sólo constituyen una consecuencia posible de su ejecución, y 2) no existe una intención compartida entre los miembros de la ECC de que se cometan tales delitos previsibles.

En realidad, todo lo que se requiere es que el imputado, y sólo él mismo, sea consciente de que la comisión de dichos delitos por alguno de los miembros de la ECC es una consecuencia probable del plan común. El hecho de que los otros miembros de la ECC prevean también dicha posibilidad es absolutamente irrelevante. Por tanto, no parece posible atribuir al imputado las acciones u omisiones de los miembros de la ECC que llevan a cabo los elementos objetivos del tipo de los delitos previsibles.⁸⁷

La configuración de la variante amplia de la ECC, como una forma de coautoría, presenta problemas adicionales, si como establece la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, su aplicación se extiende a los delitos cuya definición requiere un elemento subjetivo general más exigente, y/o un *dolus specialis*.⁸⁸

⁸⁵ Ambos *Amicus Curiae* (*supra* n. 14), pp. 15-17, y McGill *Amicus Curiae* (*supra* n. 14), párrafos 42 ss. Véanse también los problemas identificados por A. Zahar y G. Sluiter, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, Oxford University Press, 2007, pp 221-257; M. Boot, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Amberes, Intersentia, 2002, pp. 288-304; J. D. Ohlin, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 69 ss; y E. van Sliedregt, *op. cit.*, pp. 184 ss. Estos problemas han llevado a que algunos autores, favorables a la construcción de la coautoría en Derecho Penal Internacional, sobre la base de la doctrina de la ECC, hayan mostrado cierta preocupación por su empleo extensivo. Véase al respecto A. Cassese, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, p. 109.

⁸⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 326; y decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, párrafo 520.

⁸⁷ Ambos *Amicus Curiae* (*supra* n. 14), sección I.5, p. 16.

⁸⁸ McGill *Amicus Curiae* Brief (*supra* n. 14), párrafo 49; y Ambos *Amicus Curiae* (*supra* n. 14), sección I.5, p. 16.

En relación con el delito de genocidio, si el imputado no actúa con intención genocida pero es consciente de la posibilidad de que otros participantes en la ECC puedan hacerlo, no debería ser castigado como coautor de delito. De manera que, si la variante amplia de la ECC es considerada sólo como una forma de complicidad y no como una forma de coautoría, podría ser aplicable al delito de genocidio.⁸⁹

CONCLUSIÓN

La construcción del concepto de *coautoría* en Derecho Penal Internacional sobre la base de la doctrina de la ECC, tal y como lo ha hecho la jurisprudencia de los TPIY y TPIR a partir del año 2003, presenta un número importante de problemas que ha sido analizado en las secciones precedentes, y que afectan con particular virulencia a la variante amplia de la empresa criminal común.

Los autores que defienden esta construcción plantean, en respuesta a estos problemas, diversos argumentos de política criminal. En particular, en relación con la variante amplia de la ECC, subrayan que su razón de ser se encuentra en consideraciones de orden público, como la necesidad de proteger a la sociedad frente a quienes unen sus fuerzas para ser más efectivos en la realización de actividades delictivas, y que persisten en estas actividades a pesar de ser conscientes de que los delitos serios que no forman parte integral del plan común pueden ser cometidos en su ejecución.⁹⁰

Además, según estos autores, es posible mitigar el abuso en la aplicación de la doctrina de la ECC en el ámbito internacional, puesto que los procesos

⁸⁹ E. van Sliedregt, *op. cit.*, pp. 201-205. Para poder justificar la aplicación de la variante amplia de ECC al delito de genocidio, Van Sliedregt subraya que esta última se configura como una forma de complicidad, a la que le son aplicables los principios propios de la participación. La autora llega a tal conclusión basándose en dos premisas: 1) la doctrina de la ECC tiene sus orígenes en la doctrina del propósito delictivo común, elaborada inicialmente en las jurisdicciones de tradición de Common Law y aplicada más tarde en casos de crímenes de guerra y contra la humanidad que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, y 2) ni las jurisdicciones de tradición de Common Law ni la jurisprudencia emanada de los casos por crímenes de guerra y contra la humanidad que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, entendieron que la doctrina de la ECC se configuraba en forma de coautoría. Por el contrario, siempre se consideró a la doctrina de la ECC como una forma de complicidad. Véase al respecto E. van Sliedregt, *op. cit.*, pp. 201-205. Véase también, McGill *Amicus Curiae* Brief, párrafos 50 y 51, y Ambos *Amicus Curiae*, sección 1.5, pp 17-18.

⁹⁰ Cassese *Amicus Curiae*, párrafos 82-83.

internacionales se llevan a cabo con pleno respeto a los derechos de un juicio justo y al proceso debido (lo que permite a la Defensa introducir en el proceso los elementos de prueba que tienden a mostrar que el imputado no pudo prever la comisión de los delitos que se le imputan); y los tribunales internacionales, así como los tribunales híbridos, cuentan con jueces profesionales que son capaces de actuar con la prudencia necesaria para determinar si la prueba presentada refleja la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable.⁹¹

Sin embargo, en opinión del autor, estos argumentos de política criminal no resuelven los problemas de parte general identificados en este artículo. Por ello, no puede sorprender que, tal y como ha afirmado la primera jurisprudencia de la CPI en los casos Lubanga,⁹² y Katanga y Ngudjolo,⁹³ el artículo 25(3) del ER: 1) acoja la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación; y 2) configure la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la ECC de las recogidas en el artículo 25 del ER (la prevista en el párrafo (3)(d) del artículo 25 del ER), como una forma residual de complicidad.⁹⁴

Del mismo modo, tampoco constituye una sorpresa que, dada la particular intensidad de los problemas identificados en relación con la variante amplia de la ECC, el artículo 25(3)(d) del ER excluya a su vez cualquier forma de responsabilidad penal que de alguna manera pudiera recordar a la variante amplia de ECC. Ésta es, sin duda, en opinión del autor, la consecuencia directa de exigir en dicha disposición que la contribución deba llevarse a cabo “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.⁹⁵ Por tanto, conforme al artículo 25(3)(d) del ER, no surge responsabilidad penal en relación con los delitos que el grupo no tiene intención de cometer, pues se trata sólo de una posible consecuencia de la ejecución del plan común.⁹⁶

⁹¹ *Ibidem*, párrafos 82-83.

⁹² Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 340-341.

⁹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, párrafo 488.

⁹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 337, y decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, párrafo 483.

⁹⁵ En el mismo sentido, G. P. Fletcher y D. Ohlin, “Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 549.

⁹⁶ *Ibidem*.

LA POSICIÓN PROCESAL
DE LAS VÍCTIMAS
EN EL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL

LA POSICIÓN PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO DE ACTIVACIÓN ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN¹

LA POSICIÓN procesal de las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional (en adelante Corte) ha sido considerada como uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma (en adelante ER).² Así, más allá de la posición procesal de parte atribuida a las víctimas en las actuaciones civiles de reparación,³ cabe subrayar las numerosas disposiciones que regulan su intervención, tanto en el proceso de activación como, posteriormente, en el proceso penal propiamente dicho.

La intervención de las víctimas en el proceso penal en una posición procesal distinta de la de meros testigos, no es un hecho novedoso para las jurisdicciones nacionales. Así, el ordenamiento jurídico español otorga a las víctimas el derecho a personarse en las actuaciones penales como acusación particular.⁴ Otras jurisdicciones de tradición romano-germánica, como la francesa, permiten a las víctimas constituirse en *parte civile*.⁵ Mientras

¹ Artículo publicado en *La Ley*, Madrid, núm. 6343, 20 de octubre de 2005, pp. 1-7.

² Véase S. A. Fernández de Gurmendi, “Definition of Victims and General Principles”, en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, pp. 427 ss.; H. Brady, “Protective and Special Measures for Victims and Witnesses”, en R. S. Lee (ed.), *op. cit.*, n. 2, pp. 434 ss.; G. Bitti y H. Friman, “Participation of Victims in the Proceedings”, en R. S. Lee (ed.), *op. cit.*, n. 2, pp. 459 ss.; R. W. D. Jones, “Protection of Victims and Witnesses”, en A. Cassese, P. Gaeta y R. D. W. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, vol. II, pp. 1357 ss.; C. Jorda y J. de Hemptinne, “The Status and Role of the Victim”, en A. Cassese, P. Gaeta y R. D. W. Jones (eds.), *op. cit.*, vol. II, pp. 1390 ss.; y D. Donat-Cattin, “Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, pp. 869 ss.

³ P. Lewis y H. Friman, “Reparations to Victims”, en R. S. Lee (ed.), *op. cit.*, n. 2, pp. 474-492.

⁴ Artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵ Naciones Unidas (Oficina Contra la Droga y el Delito), *Handbook on Justice for Vic-*

que numerosas jurisdicciones de tradición anglosajona, como la canadiense, la irlandesa, la neozelandesa o la estadounidense, otorgan a las víctimas el derecho a personarse en las actuaciones a los efectos de realizar las llamadas declaraciones de opinión (*opinion or impact statements*).⁶

Sin embargo, en el ámbito internacional, la posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la Corte no tiene precedente. En este sentido, hay que señalar que los estatutos y reglas de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (en adelante TPIY y TPIR) no prevén la intervención de las víctimas en el proceso penal, al margen de su posible condición de testigos, y tampoco prevén el desarrollo ante los tribunales de actuaciones de reparación.⁷

El conjunto de disposiciones sobre la posición procesal de las víctimas en las actuaciones ante la Corte, es el resultado de una negociación que tuvo lugar en el marco de la creciente importancia del papel de las víctimas en la normativa internacional sobre derechos humanos y en el Derecho Internacional humanitario.⁸ Esta tendencia no es sino el fruto del reconocimiento de la exclusión sufrida por las víctimas, como resultado de una normativa procesal internacional que durante décadas las ha considerado como objeto, en lugar de como sujeto de las actuaciones. Y todo ello en el marco de un procedimiento de corte eminentemente anglosajón, que salvo supuestos excepcionales, deja a las partes la elección de los testigos que comparecerán en el juicio oral. De esta manera, a quien sufría el daño derivado del delito no le ha quedado más remedio que observar, como un mero espectador, el devenir de las actuaciones, lo que para muchos ha supuesto una nueva victimización, esta vez fruto de la normativa procesal penal internacional.⁹

La posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la Corte refleja, por tanto, el reconocimiento general del derecho de las víc-

tims: On the use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 1999, p. 39. Respecto a la posición procesal de la víctima en el Derecho francés, véase C. Jorda, y J. de Hemptinne, *op. cit.*, n. 2, p. 1401. Véanse también los artículos 89, 117, 118, 183, 186, 312, 487(3), 563, 567 y 573 del Código Procesal Penal francés.

⁶ Naciones Unidas (Oficina contra la Droga y el Delito), *op. cit.*, n. 5, p. 39.

⁷ C. Jorda y J. de Hemptinne, *op. cit.*, n. 2, p. 1389.

⁸ W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004, p. 172; y C. Jorda y J. de Hemptinne, *op. cit.*, n. 2, p. 1389.

⁹ *Delegación de Colombia en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*, Comentarios al Informe del Seminario sobre el Acceso de las Víctimas a la Corte Penal Internacional: Propuesta Presentada por Colombia, UN Doc. PCNICC/1999/WGRPE/DP.37, de 10 de agosto de 1999.

timas a una tutela judicial efectiva, tal y como subraya el apartado 12 de los principios y directrices básicos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones,¹⁰ y en el principio 8 de las directrices propuestas para combatir la impunidad de los autores de delitos de Derecho Internacional.¹¹ Asimismo, esta nueva posición procesal es, a su vez, el fruto del reconocimiento de que los intereses de las víctimas difieren con frecuencia en la práctica de los de la Fiscalía, y de que, por tanto, se requiere el establecimiento de vías procesales que aseguren su presentación en el proceso.¹²

El presente artículo describe brevemente la nueva posición procesal atribuida a las víctimas durante los procesos de activación, penal y civil, ante la Corte. En este contexto se analiza la distinción entre los grupos de personas físicas y jurídicas que de acuerdo con el ER, las reglas de procedimiento y prueba (en adelante RPP) y el reglamento de la Corte (en adelante RegC), se encuentran legitimados para asumir la posición procesal de víctima en las distintas actuaciones ante la Corte.

Después, el artículo intentará definir la posición procesal atribuida a las víctimas en el llamado proceso de activación, entendido como el conjunto de actuaciones ordenadas y dirigidas a: 1) declarar la concurrencia o no de los presupuestos materiales de los que depende la activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte, sobre la situación de crisis objeto de la pretensión de activación;¹³ y, en su caso, 2) decretar dicha activación. La exposición finaliza con una breve explicación de la manera en la que las RPP y el RegC regulan el acceso de las víctimas de una determinada situación de crisis a la Corte, y el nombramiento de sus representantes legales comunes a los efectos de que puedan intervenir en el proceso de activación.

¹⁰ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Declaración sobre los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, recogida como anexo al Informe Final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UN. Doc. E/CN.4/2000/62 of 18 January 2000).

¹¹ "Proposed Guiding principles for Combating Impunity for International Crimes", en M. C. Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice*, 2002, p. 255.

¹² W. A. Schabas, *op. cit.*, n. 8, pp. 172-173.

¹³ H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar?* Tirant lo Blanch, 2003, pp. 107-108. Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación.

LA DISTINCIÓN ENTRE
VÍCTIMAS DE LA SITUACIÓN
Y VÍCTIMAS DEL CASO

A pesar de su asistematicidad, existe un amplio número de disposiciones en el ER, las RPP y el RegC que abordan la cuestión de la posición procesal de las víctimas en los procesos de activación, penal y de reparación ante la Corte.¹⁴ El artículo 15(3) del ER y las RPP 50, 92(3), 93, 107 y 109 regulan la posición procesal de las víctimas en el proceso de activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte sobre una determinada situación de crisis. Las RPP 92(2), 93, 107 y 109¹⁵ regulan la intervención de las víctimas durante la fase inmediatamente precedente a la apertura del proceso penal o caso, que es conocida como de investigación de una situación,¹⁶ y que puede ser en cierta medida asimilada a las diligencias preliminares que desarrolla la Fiscalía en el procedimiento abreviado conforme al artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.¹⁷ El artículo 68(3) del ER y las reglas 91-93 de las RPP regulan la posición procesal de las víctimas en el proceso penal ante la Corte.¹⁸ El artículo 75(3) del ER, las RPP 94-99 y la norma 88 del RegC atribuyen a las víctimas la posición procesal de parte

¹⁴ Véanse los artículos 15(3), 19(3), 68(3) y 75(3) del ER; las RPP 50, 59, 89-93, 94-99, 103, 107 y 109 y las normas 86 y 88 del RegC. Véase al respecto lo señalado por G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, n. 2, pp. 456 y 474.

¹⁵ Más controvertida, sin embargo, es la aplicación de la RPP 68(3) en la fase de investigación de una situación. Así, algunos autores han optado por afirmar la no aplicación de dicha disposición en esta fase de las actuaciones. Véase, entre otros, a D. Donat-Cattin, "Article 68", *op. cit.*, n. 2, p. 873.

¹⁶ Por ejemplo, la RPP 92(2) prevé que a efectos de facilitar la personación de las víctimas en las actuaciones de la manera prevista en la RPP 89, las decisiones de la Fiscalía, conforme al artículo 53(2), de cerrar la investigación de una situación sin proceder a ningún enjuiciamiento, deberán ser notificadas a las víctimas o a sus representantes legales que hayan participado en las actuaciones o, de ser posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación de que se trate. Véase al respecto G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, n. 2, p. 470.

¹⁷ H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (en prensa), sección II.1.3.

¹⁸ En este sentido, resultan significativos los comentarios de G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, n. 2., p. 457, cuando señalan que, como resultado del temor de una buena parte de los negociadores a que el elevado número de víctimas hiciera impracticable su intervención en las actuaciones, se dejó en manos de la Sala competente la definición de su situación procesal durante el proceso penal ante la Corte. En el mismo sentido se expresa D. Donat-Cattin, "Article 68", *op. cit.*, n. 2, pp. 880-882.

en el proceso de reparación.¹⁹ Finalmente, las RPP 86, 89 y 90 y la norma 86 del RegC abordan una serie de problemas comunes a la intervención de las víctimas en los procesos de activación, penal y de reparación, entre los que destaca el régimen de acceso a la Corte y el sistema de representación legal.²⁰

Debido a que las RPP 89-93 han sido incluidas en la sección titulada “participación de las víctimas en el proceso”, algunos podrían sostener que, dado que el término “proceso” debería interpretarse de acuerdo a su sentido técnico en algunas jurisdicciones nacionales, cualquier intervención de las víctimas en las actuaciones debería limitarse al proceso penal ante la Corte, que es formalmente iniciado mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia.²¹ Sin embargo, el ER no parece restringir el significado del término proceso (o los términos *proceedings* y *procedure* utilizados en las versiones inglesa y francesa de las RPP), en el sentido técnico antes mencionado. Por el contrario, el término proceso es utilizado en numerosas instancias para referirse a la fase preprocesal de investigación de una situación, e incluso a actividades desarrolladas durante el proceso previo, autónomo y necesario de activación,²² con independencia de las funciones atribuidas a los órganos jurisdiccionales de la Corte en su desarrollo.²³

Además, hay que subrayar que la posición procesal de las víctimas en el proceso de activación se encuentra principalmente regulada en el artículo 15(3) del ER y en las RPP 50, 92(3), 93, 107 y 109, y no en las RPP 89-93.

El objeto de las distintas actuaciones ante la Corte varía de manera significativa. Así, mientras el objeto del proceso de activación y de la fase preprocesal de investigación de una situación está formado por situaciones de crisis²⁴ definidas por parámetros personales, temporales y

¹⁹ Véase *supra* n. 3.

²⁰ G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, n. 2, p. 460.

²¹ D. Donat Cattin, “Article 68”, *op. cit.*, n. 2, p. 880.

²² H. Olásolo, “The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor”, *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 121-146 (p. 123).

²³ Véase, a modo de ejemplo, el artículo 17(2) del ER, en el cual el término “proceso” parece incluir los actos de investigación realizados por las policías y fiscalías nacionales sin participación judicial alguna. Tampoco son utilizados, en el sentido técnico antes señalado, los términos *actuaciones* y *procedimiento* tal y como se recogen en los artículos 19(11), 54(3)(e), 56(2)(b), 68(1) y 72(1) del ER.

²⁴ Para la expresión *situaciones de crisis*, véase H. Olásolo, *op. cit.*, 2005, n. 11, pp. 111-112: “Hemos elegido el adjetivo ‘crisis’ para definir el término ‘situaciones’ a que se

territoriales,²⁵ el objeto del proceso penal ante la Corte está constituido por casos iniciados mediante la emisión de una orden de arresto o comparecencia contra una persona identificada por su presunta participación en la comisión de uno o varios de los delitos previstos en el ER, en el curso de uno o varios incidentes específicos producidos en la situación investigada.²⁶ Por su parte, el proceso de reparación, mediante el cual se declara y realiza la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por los hechos que sirven de base a una sentencia condenatoria, tiene también como objeto casos.²⁷

Por tanto, la pregunta que surge es: ¿quién se encuentra legitimado para

refieren los artículos 13(a) y (b), 15.5 y 6, 18.1 y 19.3 del ER, porque dicho adjetivo es sinónimo de ‘mutación considerable’ o de ‘momento decisivo’ y, por tanto, opuesto al concepto de *situación estructural*. Entendemos, así, que el ER se configura como un instrumento de *ultima ratio* al servicio de la protección de los valores superiores de la Comunidad Internacional, frente a aquellas conductas que por su excepcional gravedad pueden afectarlos seriamente, y no frente a aquellas otras prácticas generales que, a pesar de no ser compartidas por las distintas culturas que integran la Comunidad Internacional, están enraizadas en la cultura de algunos de sus Pueblos. En este sentido, no podemos olvidar que el ER se construye sobre el reconocimiento a las diversas culturas de los Pueblos que constituyen el patrimonio común de la Comunidad Internacional, y que, por tanto, sería contrario a los fines y objeto del propio ER la activación de la jurisdicción de la CPI, con respecto a una cierta situación estructural, a los efectos de perseguir ciertas prácticas culturales históricamente arraigadas que, como la discriminación de ciertos colectivos (mujeres, homosexuales y lesbianas...) o incluso la ablación de clítoris, pudieran ser consideradas como un crimen contra la humanidad, de persecución por razones de sexo u orientación sexual, o como un crimen contra la humanidad de violencia sexual. En este sentido, creemos que deberían ser utilizados otros medios más acordes con la naturaleza estructural de las situaciones en que se producen estas prácticas generales de discriminación para, en su caso, promover su progresiva desaparición”.

²⁵ H. Olásolo, “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 82, pp. 47-76 y 48-52. Véase también M. C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003, pp. 518-519; W. A. Schabas, *op. cit.*, n. 9, pp. 125-126; C. K. Hall, “Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court or the Admissibility of a Case”, en O. Triffterer (ed.), *op. cit.*, n. 2, pp. 405-418 (p. 407); M. M. El Zeidy, “The Ugandan Government Triggers the First Tests of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC”, *International Criminal Law Review*, vol. 5, pp. 83 ss (p. 110); y H. Olásolo, “Spain”, en K. Kress y F. Lattanzi (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. II: *International Cooperation and Judicial Assistance*, (en prensa), sección II.

²⁶ H. Olásolo, “Apuntes prácticos sobre el sistema de cooperación previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Revista Iustel* (Derecho Procesal), junio de 2005, sección 2.

²⁷ *Idem*.

asumir la posición procesal de víctima en las diferentes fases de las actuaciones ante la Corte a la luz de los distintos objetos de las mismas? La regla 85 no aborda este problema cuando establece la siguiente definición de víctima: “Personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”; y “organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a algunos de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares que tengan fines humanitarios”.²⁸ En consecuencia, para determinar el grupo de individuos, organizaciones e instituciones que se encuentran legitimados para asumir la posición procesal de víctima en una determinada fase de las actuaciones ante la Corte, tendremos que aplicar la definición de la regla 85 al objeto —situaciones o casos— de la etapa procesal de que se trate.

Surge de esta manera la distinción entre las llamadas “víctimas de la situación” y las llamadas “víctimas del caso”. El concepto de *víctimas de la situación* es de aplicación en el proceso de activación y en la fase preprocesal de investigación de una situación, y engloba a todas aquellas personas, organizaciones e instituciones que hayan sido objeto del daño a que se refiere la RPP 85 dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de crisis de que se trate. Por ejemplo, en la situación resultante del conflicto ocurrido en el territorio de la antigua Yugoslavia, entre 1991 y 1995, podrían personarse en las actuaciones en su condición de víctimas de la situación: todas las personas naturales que hayan sufrido un daño a resultas de alguno de los delitos previstos en el ER, que hayan sido cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia entre 1991 y 1995; y las organizaciones e instituciones que como consecuencia de tales delitos hayan sufrido el tipo de daño previsto en la RPP 85.

El concepto de *víctimas del caso* se aplica en los procesos penales y de reparación, y engloba sólo a las personas, organizaciones e instituciones que hayan sido objeto del daño a que se refiere la RPP 85 en los incidentes específicos que constituyen los fundamentos de hecho de la orden de arresto o comparecencia de que se trate, y que posteriormente constituirán los fundamentos de hecho de la decisión de confirmación de los cargos. Por ejemplo, si se dicta una orden de arresto contra el Sr. A, por los delitos cometidos por sus subordinados durante el ataque a las aldeas X, Y y Z el 2 de julio de 2002, podrían personarse en las actuaciones en su condición de

²⁸ Acerca del contenido de las negociaciones relativas al concepto de víctima, véase S. A. Fernández de Gurmendi, *op. cit.*, n. 2, p. 431.

víctimas del caso contra el Sr. A: 1) todas las personas naturales que hayan sufrido un daño a resultas de la comisión por los subordinados del Sr. A, durante el ataque a las aldeas X, Y y Z el 2 de julio de 2002, de cualquiera de los delitos recogidos en la orden de arresto o de comparecencia contra el Sr. A, y 2) las organizaciones e instituciones que como consecuencia de tales delitos hayan sufrido el tipo de daño previsto en la RPP 85.

LA POSICIÓN PROCESAL
DE LAS VÍCTIMAS DE LA SITUACIÓN
EN EL PROCESO DE ACTIVACIÓN

Los Estados Partes han atribuido a la Corte el poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada del ER (dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte) en un estado latente (en adelante nos referiremos a este fenómeno como “jurisdicción abstracta de la Corte”).²⁹ En consecuencia, dicho poder no puede ser ejercitado si no se activa previamente en relación con situaciones de crisis determinadas, como las ocurridas en el territorio de la antigua Yugoslavia entre 1991 y 1995³⁰ o en el territorio de Ruanda en 1994.³¹

Para la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte, respecto a la situación de crisis referida en la pretensión de activación, los Estados Partes han establecido toda una serie de presupuestos materiales (*presupuestos de activación*) que deben concurrir en relación con dicha situación y que se recogen en los artículos 15(3) y (4), 16 y 53(1) del ER y en la RPP 48. Asimismo, los Estados Partes han atribuido a la Corte el poder para declarar, a instancia del Consejo de Seguridad,³² de un Estado Parte³³ o de la Fiscalía, previa denuncia de un particular,³⁴ la concurrencia o no de tales presupuestos y, en su caso, activar la jurisdicción abstracta de la Corte con respecto a la situación recogida en la pretensión de activación. Este poder, que constituye la dimensión de activación de la potestad jurisdiccional de la Corte, se ejercita por medio de un conjunto ordenado de actuaciones denominado

²⁹ H. Olásolo, *op. cit.*, n. 14, pp 105-109. (Falta año)

³⁰ Artículo 1 del Estatuto del TPIY.

³¹ Si bien el artículo 1 del Estatuto del TPIR extiende su jurisdicción a los crímenes cometidos en 1994 por nacionales ruandeses en el territorio de los estados fronterizos con Ruanda.

³² Artículos 13(b) y 53.1 del ER.

³³ Artículos 13(a), 14 y 53(1) del ER.

³⁴ Artículos 13(c) y 15 del ER.

proceso de activación, que tiene tres modalidades procedimentales dependiendo de quien introduce la pretensión de activación: el Consejo de Seguridad, un Estado Parte o la Fiscalía previa denuncia de un particular.³⁵

A los efectos de asegurar que los intereses de las víctimas sean tenidos en consideración desde esta etapa inicial de las actuaciones y de incentivar a la Fiscalía para que no se desentienda de los mismos, los negociadores acordaron, con las reticencias de sólo un puñado de delegaciones,³⁶ legitimar a las víctimas de la situación para intervenir en el proceso de activación.

En los procedimientos de activación, a instancia del Consejo de Seguridad y de un Estado Parte, las víctimas tienen el derecho a ser notificadas de la decisión de la Fiscalía que rechaza la solicitud de activación (o, siguiendo la terminología del ER, la solicitud de inicio de la investigación).³⁷ La regla 92(2) de las RPP prevé expresamente que la finalidad de esta notificación es permitir a las víctimas que “puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89”.

Pero, ¿qué tipo de intervención de las víctimas previeron los negociadores del ER y de las RPP en un momento procesal en el que la Fiscalía ha rechazado, conforme al artículo 53(2) del ER, la solicitud de activación introducida por el Consejo de Seguridad o por un Estado Parte? La jurisprudencia de la Corte deberá responder a esta pregunta, si bien *a priori* pueden tener cabida las siguientes modalidades.³⁸ En primer lugar, las víctimas podrían encontrarse legitimadas para enviar a la Fiscalía información adicional en relación con la actividad criminal presuntamente desarrollada en la situación de que se trate.³⁹ En segundo lugar, no sería ilógico pensar que la notificación prevista en la RPP 92(2) se dirige a llamar la atención de las víctimas sobre la eventualidad de que se inicie el procedimiento de revisión de la mencionada decisión de la Fiscalía previsto en el artículo 53(3)(a) del ER.⁴⁰ En tercer lugar, si la decisión de la Fiscalía se ha debido exclusivamente a razones de oportunidad, las reglas 92(2) y 93 de las RPP permitirían a la SCP solicitar el parecer de las víctimas sobre la conveniencia, conforme al artículo 53(3)(b) del ER, de revisar de oficio la decisión

³⁵ H. Olásolo, *op. cit.*, n. 14, pp 107-108. (Falta año)

³⁶ H. T. Holmes, “Jurisdiction and Admissibility”, en R. S. Lee (ed.), *op. cit.*, n. 2, p. 333.

³⁷ RPP 92(2).

³⁸ Véase G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, n. 2, p. 471.

³⁹ Artículo 15(1) del ER en relación con el artículo 53(4) del ER.

⁴⁰ En tal supuesto, sería recomendable que la notificación del artículo 92(2) del ER informase a las víctimas de las condiciones en las que se encuentran legitimadas a intervenir en dicho procedimiento de revisión.

de la Fiscalía, al tiempo de que se les notifica dicha decisión. En cuarto lugar, la regla 92(2) de las RPP también pudiera estar dirigida a notificar a las víctimas la información necesaria para que, conforme a la regla 103(1) de las RPP, puedan solicitar la autorización de la SCP para presentar observaciones sobre la conveniencia de revisar de oficio la decisión de la Fiscalía, fundada exclusivamente en razones de oportunidad.⁴¹

De acuerdo con la norma 87(2) del RegC, la Secretaría llevará a cabo la notificación prevista en la RPP 92(2). Además, esta última disposición señala que la notificación se dirigirá exclusivamente a las víctimas de la situación, o a sus representantes legales, “que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación [...] de que se trate”. Sin embargo, como el ER, las RPP y el RegC no prevén ningún tipo de intervención previa de las víctimas en las actuaciones ante la Corte, la Secretaría deberá notificar sólo a los que se hayan comunicado con la Corte, en relación con la situación a que se refiere la pretensión de activación.⁴²

Cuando la decisión de la Fiscalía de rechazar la solicitud de activación del Consejo de Seguridad o de un Estado Parte no se fundamenta exclusivamente en razones de oportunidad, el artículo 53(3)(a) del ER legitima al Consejo o al Estado Parte que presentó dicha solicitud, pero no a las víctimas, para solicitar ante la SCP la revisión de la decisión de la Fiscalía. Sin embargo, una vez que el procedimiento de revisión es iniciado, la RPP 107(5) legitima a las víctimas para intervenir en el procedimiento, si las cuestiones suscitadas se refieren a la jurisdicción de la Corte o a la admisibilidad de la situación de que se trate. Teniendo en cuenta que la falta de jurisdicción de la Corte y la inadmisibilidad de la situación son dos de los tres motivos que, conforme al artículo 53(1) del ER, puede utilizar la Fiscalía para justificar su denegación de la solicitud de activación, es más que

⁴¹ En este sentido, no cabe tampoco descartar que el uso del término *caso* en la regla 103(1) de las RPP sea interpretado como si limitara la aplicación de esta disposición al proceso penal ante la Corte. Sin embargo, se trataría de una limitación artificial, en cuanto que la regla 103 de las RPP más bien parece haber sido diseñada como una disposición de carácter general aplicable a cualquier etapa procesal de las actuaciones ante la Corte. De hecho, la regla 103 se halla incluida junto con las disposiciones relativas al lugar del juicio (regla 100), plazos (regla 101), y comunicaciones que no consten por escrito (regla 102) en la sección IV, sobre “disposiciones diversas”, del capítulo IV, relativo a “disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento”. Conforme a esta segunda interpretación, habría que concluir que el término *caso* ha sido utilizado de manera inadecuada en la RPP 103(1), como también sucede en los artículos 15(4) y 17 del ER.

⁴² Acerca de esta cuestión, véase G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, n. 2, p. 471.

probable que alguna cuestión de jurisdicción o admisibilidad sea suscitada en el marco del procedimiento de revisión.

La RPP 107 se remite a la regla 59 para la determinación de las modalidades en que las víctimas pueden intervenir en las actuaciones de revisión del artículo 53(3)(a) del ER. Conforme a la RPP 59, las víctimas que ya se hayan comunicado con la Corte, o sus representantes legales, serán notificados por la Secretaría de cualquier cuestión de jurisdicción o de admisibilidad suscitada en el procedimiento de revisión, incluyendo un resumen de los motivos en los que se fundamente, y el plazo en el que pueden presentar observaciones ante la SCP si así lo desean. En este sentido, es importante subrayar que la RPP 59(2), a diferencia de la 50(1), no condiciona el hecho de realizar la notificación de la situación a circunstancia alguna a las víctimas. En realidad, el contenido de dicha notificación es sólo lo que se encuentra sujeto a las “obligaciones de la Corte con respecto del carácter confidencial de la información, la protección de las personas y la preservación de la prueba”.⁴³

Por tanto, se puede afirmar que el ER, a los efectos de permitir que sus intereses sean adecuadamente expuestos ante la SCP, reconoce a las víctimas un derecho de intervención autónoma en el procedimiento de revisión del artículo 53(3)(a) del mismo Estatuto. Sin embargo, esto no significa que se reconozca a las víctimas la posición procesal de parte en el proceso de activación a instancia del Consejo de Seguridad o de un Estado Parte, puesto que esta última posición procesal sólo corresponde a quienes se encuentran legitimados para introducir la pretensión de activación y la resistencia a la activación.⁴⁴ De hecho, si el Consejo de Seguridad o el Estado Parte que remitió la situación no solicita a la SCP la revisión de la decisión de la Fiscalía que rechaza la activación, las víctimas no podrán ejercitar el derecho de intervención autónoma que les reconocen las RPP 59 y 107(5).

En consecuencia, las víctimas no se encuentran legitimadas para apelar, conforme al artículo 82(1)(a) del ER y a la RPP 154, la decisión de la SCP que pone fin al procedimiento de revisión previsto en el artículo 53(3)(a) del ER.⁴⁵ Una cuestión diferente que deberá ser resuelta por la jurisprudencia de la Corte, es la relativa a si la RPP 156 legitima a las víctimas de la situación,

⁴³ J. T. Holmes, *op. cit.*, n. 37, p. 345.

⁴⁴ La regla 59 de las RPP, la que refiere a la RPP 107(5), regula la intervención de las víctimas en las actuaciones del artículo 19 del ER. Véase al respecto C. K. Hall *op. cit.*, n. 25, pp. 413-414.

⁴⁵ En ese mismo sentido, véase H. Brady, “Appeals and Revision”, en R. S. Lee, *op. cit.*, n. 2, pp. 575-595 (pp. 594-595).

para intervenir en la apelación que el Consejo de Seguridad o el Estado Parte que remitió la situación, puede presentar contra la decisión de la SCP que pone fin al procedimiento de revisión. La respuesta a esta pregunta dependerá de si la expresión “todas las partes en las actuaciones ante la Sala que haya dictado la decisión apelada”, es interpretada como incluyendo sólo a quienes hayan tenido la posición procesal de parte *stricto sensu* en las actuaciones de las que trae causa la decisión apelada o como extendiéndose también a cualquier otro interviniente en las mismas.⁴⁶

Teniendo en cuenta que en el procedimiento de activación a instancia del Consejo de Seguridad ni siquiera los Estados afectados tienen la oportunidad de oponerse a la pretensión de activación, la atribución a las víctimas de la situación del mencionado derecho de intervención autónoma es cuando menos inesperado, particularmente si se considera que esta atribución obligará a poner en marcha los mecanismos de notificación y elección de representantes legales comunes previstos en las RPP 89-93.⁴⁷ Por otra parte, dicha atribución constituye, sin duda, el mejor indicador del especial tratamiento que los intereses de las víctimas reciben en el ER, en contraposición con su ausencia de los estatutos de los TPIY y TPIR.⁴⁸ En todo caso, resulta sorprendente que el derecho de intervención autónoma de las víctimas en el procedimiento de revisión del artículo 53(3)(a) del ER, se haya limitado a cuestiones de jurisdicción o admisibilidad y, por tanto, no se pueda ejercitar respecto de cuestiones relativas a la existencia o no de razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del delito y los intereses de las víctimas, la activación de la situación objeto de la pretensión de activación no redundaría en interés de la justicia.⁴⁹

La RPP 109, a diferencia de la regla 107, no reconoce expresamente a las víctimas de la situación, el derecho a intervenir en la revisión de oficio por la SCP, conforme al artículo 53(3)(b) del ER, de la decisión de la Fiscalía de no proceder a la activación por razones de oportunidad. Sin embargo, en última instancia, la SCP puede utilizar la RPP 93 para solicitar las observaciones de la víctimas a la vista de que, conforme al artículo 53(3)(b) del ER, los intereses de las víctimas son uno de los factores que la Fiscalía ha de tener

⁴⁶ *Ibidem*, p. 595.

⁴⁷ B. Timm, “The Legal Position of Victims in the Rules of Procedure and Evidence”, en H. Fischer, S. R. Luder y C. Kress (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law. Current Developments*, Berlín, Verlag, 2001, pp. 289-308 (p. 300); y G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, n. 2, p. 462.

⁴⁸ C. Jorda y J. de Hemptinne, *op. cit.*, n. 2, p. 1399.

⁴⁹ Artículo 53(1)(c) y (3)(a) del ER y RPP 107(5).

en consideración en el ejercicio del principio de oportunidad. Además, una interpretación no restrictiva de la RPP 103(1), legitimaría también a las víctimas para solicitar la autorización de la SCP, a fin de presentar observaciones sobre la conveniencia de revisar la decisión de la Fiscalía de no proceder a la activación por razones de oportunidad.

Antes de que inicie el procedimiento de activación a instancia de la Fiscalía, el artículo 15 del ER y la RPP 49 prevén la intervención de las víctimas de la situación. El artículo 15(1) del ER legitima a las víctimas, así como a cualquier otra persona física o jurídica, para presentar denuncias ante la Fiscalía.⁵⁰ La recepción de estas denuncias hace efectiva, conforme al artículo 15(2) del ER, la obligación de la Fiscalía de llevar a cabo una investigación preliminar de la situación a que ellas se refieren. El artículo 15(6) del ER otorga a las víctimas de la situación el derecho a que la Fiscalía les notifique su decisión de no solicitar la activación o, siguiendo la terminología del ER, la autorización para iniciar la investigación. La RPP 49(1) despeja cualquier duda sobre el hecho de que la realización de dicha notificación no se encuentra sometida a ninguna condición, y que sólo la manera en que ésta se lleva a cabo puede verse afectada como consecuencia del peligro que pudiera ocasionar para la seguridad, el bienestar y la privacidad de los destinatarios o la integridad de las actuaciones. Además, la RPP 49(1) y (2) afirma que en la notificación se tienen que incluir las razones en que se fundamenta la decisión de la Fiscalía y se debe informar a los destinatarios de su derecho a transmitir a la Fiscalía información adicional en relación con la situación de que se trate, para que reconsidere su decisión conforme al artículo 15(3) y (5) del Estatuto de Roma.

Una vez que el procedimiento de activación es iniciado mediante la introducción por la Fiscalía de la pretensión de activación, el artículo 15(3) del ER, las RPP 49 y 50 y la norma 50(1) del RegC legitiman a las víctimas de la situación para intervenir en el procedimiento. El artículo 15(3) del ER prevé que las víctimas, con independencia de si han presentado o no una denuncia ante la Fiscalía, podrán presentar sus observaciones ante la SCP. Con el fin de facilitar el ejercicio de este derecho, la RPP 50(1) impone a la Fiscalía la obligación de notificar a las víctimas su intención de presentar ante la SCP una solicitud de activación respecto de la situación que se trate. Los destinatarios de esta notificación deben ser las víctimas de la situación conocidas por la Fiscalía o por la unidad de víctimas y testigos.

⁵⁰ La RPP 46 impone a la Fiscalía el deber de proteger la confidencialidad de la información contenida en las denuncias y el de adoptar cualquier otra medida que le sea exigida por las obligaciones que le impone el ER.

La Fiscalía también puede “recurrir a medios generales a fin de dar aviso a grupos de víctimas si llegase a la conclusión de que, en las circunstancias especiales del caso, ello no pondría en peligro la integridad o la realización efectiva de la investigación ni la seguridad y bienestar de las víctimas o los testigos”.⁵¹

La RPP 50(3) y la norma 50(1) del RegC prevén que las víctimas podrán presentar sus observaciones por escrito a la SCP, en el plazo de 30 días a contar desde que se produce la notificación de la Fiscalía a que se refiere el artículo 15(3) ER y la RPP 50(1). La RPP 50(4) refuerza el poder inherente de la SCP para solicitar información adicional a las víctimas que hayan presentado observaciones, y para invitarles a participar, en su caso, en cualquier audiencia que se convoque. Finalmente, la RPP 50(5) *in fine* prevé que las víctimas que hayan participado en las actuaciones serán notificadas de la decisión de la SCP, aceptando o rechazando la solicitud de activación de la Fiscalía.

Sin embargo, la RPP 50(1), a diferencia de las RPP 59 y 107(5), deja en manos de la Fiscalía la decisión sobre la efectiva realización o no de la notificación a las víctimas en vista del peligro que de la misma pudiera derivarse para la integridad de las actuaciones, o para la vida o el bienestar de las víctimas y de los testigos.⁵² En consecuencia, no queda claro si el artículo 15(3) del ER y la RPP 50 atribuyen a las víctimas un derecho de intervención autónoma o si, por el contrario, configuran la posición procesal de las víctimas como la de un coadyuvante, o interviniente en favor de la pretensión de activación de la Fiscalía.

La configuración de la posición procesal de las víctimas, como aquella de coadyuvantes de la Fiscalía, impediría la revisión de oficio por la SCP de la decisión de la Fiscalía de no notificarlas; así como la presentación de sus observaciones ante la SCP a pesar de no haber sido notificadas por la Fiscalía. En definitiva, si se entiende que la posición procesal de las víctimas es aquella de coadyuvantes de la Fiscalía, no cabría sino afirmar que el artículo 15(3) del ER y la RPP 50 atribuyen a esta última la facultad para decidir sobre la conveniencia de la intervención de las víctimas en las actuaciones de activación.

Esta interpretación encuentra cierto apoyo en los siguientes factores: 1) una posible interpretación del artículo 15(3) del ER y de la RPP 50(1), en el sentido de condicionar el derecho de las víctimas de la situación a presentar

⁵¹ RPP 50(1). Véase acerca de este punto, H. T. Holmes, *op. cit.*, n. 36, p. 333.

⁵² *Idem.*

observaciones a la previa notificación de la Fiscalía; 2) la ausencia en el artículo 15(3) del ER y en la RPP 50(1) de toda mención expresa a la revisión por la SCP de la decisión de la Fiscalía de no proceder a dicha notificación, y 3) el establecimiento en la norma 50(1) del RegC de un plazo para la presentación de las observaciones de las víctimas, que comienza a correr desde el momento en que se produce la notificación de la Fiscalía.

Por el contrario, la interpretación del artículo 15(3) del ER y de la RPP 50, en el sentido de atribuir a las víctimas un derecho de intervención autónoma en las actuaciones, permitiría a la SCP revisar de oficio la decisión de la Fiscalía de no notificar a las víctimas y asegurarse, en su caso, de que las víctimas sean notificadas. Además, conforme a esta interpretación, las víctimas podrían ejercitar su derecho a presentar observaciones ante la SCP, incluso en ausencia de la notificación de la Fiscalía.

Esta posición encuentra apoyo en numerosos factores. En primer lugar, la posición procesal de las víctimas en las actuaciones de activación, penales y de reparación, es el resultado del reconocimiento de que sus intereses difieren con frecuencia de los de la Fiscalía.⁵³ En segundo lugar, el artículo 15(3) del ER parece otorgar a las víctimas el derecho a presentar observaciones ante la SCP, al tiempo que se remite a las RPP, a los únicos efectos de articular procedimentalmente su ejercicio. En tercer lugar, la falta de notificación por parte de la Fiscalía podría impedir *de facto* a las víctimas de la situación, ejercitar el derecho que les es reconocido en el artículo 15(3) del ER. En cuarto lugar, la SCP, en cuanto que órgano jurisdiccional que dirige las actuaciones de activación conforme al artículo 15(4) del ER y la RPP 50, tiene la función de garantizar la posibilidad de ejercicio efectivo de los derechos procesales reconocidos en dichas disposiciones, incluyendo aquellos reconocidos a las víctimas de la situación. En quinto lugar, la norma 87(1) del RegC parece reconocer a la SCP esta función, cuando impone a la Fiscalía la obligación de notificar a la SCP la información transmitida a las víctimas. En sexto lugar, en tanto se presenten antes de la expiración del plazo de 30 días previsto en la norma 50(1) del RegC, nada impide a la SCP aceptar las solicitudes para realizar observaciones presentadas por las víctimas de la situación que no hayan sido notificadas por la Fiscalía. Finalmente, si el plazo previsto en la norma 50(1) del RegC no puede ser aplicado debido a que la notificación allí referida no ha sido realizada por la Fiscalía, la SCP podría establecer un nuevo plazo para la presentación por las víctimas de sus observaciones.

⁵³ W. A. Schabas, *op. cit.*, n. 8, pp. 172-173.

En todo caso, y con independencia de la interpretación finalmente adoptada por la jurisprudencia de la Corte, parece claro que el artículo 15(3) del ER y la RPP 50 no otorgan a las víctimas la posición procesal de parte en el proceso de activación, en cuanto que la misma se reserva a quienes están legitimados para introducir la pretensión de activación y la resistencia a la activación. En este sentido, hay que subrayar que si la Fiscalía no presenta ante la SCP una solicitud de activación, las víctimas no podrán ejercitar en ningún caso su derecho a presentar observaciones.

En línea con esta interpretación, la comisión preparatoria rechazó la propuesta francesa⁵⁴ de otorgar a las víctimas la posición procesal de parte en el procedimiento de activación a instancia de la Fiscalía.⁵⁵ En consecuencia, se puede afirmar que el artículo 82(1)(a) del ER y la RPP 154 no legitiman a las víctimas para apelar las decisiones adoptadas por la SCP de conformidad con el artículo 15(4) del ER. Una cuestión diferente es la de la legitimación o no de las víctimas de la situación, para intervenir en la sustanciación de las apelaciones presentadas por la Fiscalía contra tales decisiones. La respuesta a dicha pregunta dependerá una vez más de si la expresión “todas las partes en las actuaciones ante la Sala que haya dictado la decisión apelada”, recogida en la RPP 156, es interpretada como incluyendo únicamente a quienes hayan asumido la posición procesal de parte *stricto sensu* en las actuaciones de las que trae causa la decisión apelada, o como extendiéndose también a cualquier otro interviniente en las actuaciones.⁵⁶

Por otra parte, ninguna disposición prevé expresamente la intervención de las víctimas de la situación en las actuaciones del artículo 18 del ER y de las RPP 51-57.⁵⁷ Sin embargo, la SCP puede solicitarles que presenten observaciones conforme a la RPP 93, la cual se aplica a lo largo de todo el proceso de activación como lo demuestra su referencia a las RPP 107 y 109. Además, de acuerdo con una interpretación no restrictiva de la RPP 103, las víctimas de la situación también estarían legitimadas para solicitar la autorización de la SCP, a fin de presentar sus observaciones en el marco de las actuaciones del artículo 18(2) del Estatuto de Roma.

En conclusión, del análisis desarrollado hasta el momento, se puede afirmar que en todas las variantes de las actuaciones de activación, excepto

⁵⁴ Delegación francesa en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, propuesta sobre la Parte 2 del Estatuto de Roma, UN Doc. PCNICC/1999/WGRPE/DP.43, de 23 de noviembre de 1999, reglas 2(9), 2(10) y 2(11).

⁵⁵ Véase al respecto H. T. Holmes, *op. cit.*, n. 36, p. 332

⁵⁶ H. Brady, *op. cit.*, n. 45, p. 595.

⁵⁷ H. T. Holmes, *op. cit.*, n. 36, p. 343.

una, las víctimas de la situación se encuentran legitimadas para intervenir mediante la presentación de sus observaciones o, al menos, pueden ser invitadas por la SCP a que presenten dichas observaciones. La única excepción a la intervención de las víctimas en el proceso de activación se produce cuando la jurisdicción abstracta de la Corte se activa con respecto a una determinada situación sin ningún tipo de intervención judicial. Esto sucede cuando: 1) el Consejo de Seguridad o un Estado Parte remiten una situación según lo dispuesto en los artículos 13(a) y (b) y 14 del ER; 2) la Fiscalía acepta la solicitud de activación del Consejo o del Estado Parte de que se trate conforme al artículo 53(1) del ER, y 3) ningún Estado se opone a la activación según lo previsto en el artículo 18(2) del Estatuto de Roma.

EL ACCESO DE LAS VÍCTIMAS
DE LA SITUACIÓN A LA CORTE
DURANTE EL PROCESO DE ACTIVACIÓN

Debido al elevado número de víctimas de la situación que pueden intervenir en el proceso de activación, el establecimiento de un sistema efectivo de acceso a la Corte tiene una relevancia singular. Dicho sistema se recoge en las RPP 89 y 90 y en la norma 86 del Reglamento de la Corte.

La RPP 89(1) prevé que las víctimas de la situación que deseen ejercitar su derecho a intervenir en el proceso de activación, deberán “presentar una solicitud escrita al Secretario”. Por tanto, una vez que reciban una de las notificaciones previstas en el artículo 15(3) del ER y en las RPP 50, 59, 92(2) y 107, incluso con anterioridad a iniciativa propia, deberán presentar una solicitud formal para intervenir en el proceso de activación. Las solicitudes también podrán ser presentadas por “una persona que actúe con el consentimiento de la víctima o en representación de ella en el caso de que sea menor de edad o tenga una discapacidad que lo haga necesario”.⁵⁸ Además, la norma 86.1 del RegC prevé a estos efectos la creación de formularios que deberán, en la medida de lo posible, ser puestos a disposición de las víctimas y de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales por la Secretaría.⁵⁹

La Secretaría procesará las solicitudes de las víctimas y podrá pedirles información adicional para reunir, en la medida de lo posible, los datos re-

⁵⁸ RPP 89(3).

⁵⁹ Norma 86(1) del RegC.

queridos en los formularios.⁶⁰ La Secretaría deberá enviar a la SCP todas las solicitudes, junto con un informe sobre ellas, si bien previamente intentará agrupar las solicitudes a los efectos de presentar un solo informe por cada uno de los grupos.⁶¹

El primer informe tendrá que ser probablemente presentado a petición de la SCP, para determinar si se puede reconocer a los solicitantes la posición procesal de víctimas y, con ello, el derecho a presentar observaciones ante la SCP en relación con: 1) la solicitud de activación presentada por la Fiscalía conforme al artículo 15(3) del ER,⁶² o 2) la solicitud de revisión de la decisión de la Fiscalía de no proceder a la activación presentada, conforme al artículo 53(3)(a) del ER, por el Consejo de Seguridad o por el Estado Parte que remitió inicialmente la situación.⁶³ Posteriormente, una vez que la jurisdicción abstracta de la Corte sea activada sobre la situación de que se trate, la Secretaría tendrá que presentar periódicamente ante la SCP los informes sobre las nuevas solicitudes de reconocimiento de la posición procesal de la víctima.

Al recibir el informe de la Secretaría, la SCP procederá a revisar las solicitudes de acuerdo con lo previsto en la RPP 89. Las solicitudes serán transmitidas a la Fiscalía, si bien la SCP puede decretar el anonimato de los solicitantes cuando su seguridad, su bienestar físico o psicológico, su dignidad o su privacidad así lo exijan.

Debido a que el proceso de activación se dirige a verificar la concurrencia o no de los presupuestos para la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte sobre una determinada situación, los estados afectados, y no la Defensa, pueden actuar como parte pasiva en el proceso. Por tanto, dado que el concepto de defensa es extraño al proceso de activación, no cabe en este momento procesal la intervención en la revisión de las solicitudes de la Oficina Pública de Defensa que, según lo previsto en el norma 77(4) del RegC, es la encargada de “la representación y protección de los derechos de la Defensa durante las etapas iniciales de las investigaciones”.

La Fiscalía presentará sus observaciones en el plazo que establezca la SCP de conformidad con la RPP 89(1), cuya extensión dependerá del volumen de solicitudes. A continuación, la SCP, sobre la base de los informes de la Secretaría y de la Fiscalía, decidirá sobre los méritos de las solicitudes. Las decisiones de la SCP no pueden ser apeladas, si bien la RPP 89(2) permite

⁶⁰ Norma 86(4) del RegC.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Artículo 15(3) del ER y RPP 50.

⁶³ Regla 107(5) y RPP 59.

a los solicitantes, cuyas solicitudes hayan sido denegadas, “presentar una nueva solicitud en una etapa ulterior de las actuaciones”.

Sólo una vez que la SCP haya decidido a qué solicitantes corresponde reconocer la posición procesal de víctima, podrán intervenir en el proceso de activación de la manera estipulada en el ER y las RPP. Así, quienes hayan visto aceptada su solicitud, podrán presentar sus observaciones ante la SCP conforme al artículo 15(3) del ER y a las RPP 50, 59 y 107, dentro del plazo que establezca la SCP. En este sentido, hay que señalar que a pesar de que la norma 50(1) del RegC prevé un plazo de un mes, el hecho de que dicho plazo comience a correr desde la notificación prevista en la RPP 50(1), provocará casi con toda seguridad que tal plazo sea insuficiente para cumplir con todos los trámites del sistema de acceso de las víctimas de la situación a la Corte; y permitirles la presentación de sus observaciones ante la SCP en un plazo razonable. La insuficiencia de dicho plazo será todavía más acentuada si, como consecuencia del número de solicitudes aceptadas, la SCP ordena que se proceda al nombramiento de representantes legales comunes.⁶⁴

Se puede afirmar que el ER, las RPP y el RegC reconocen el derecho de las víctimas a intervenir en las actuaciones de los representantes legales. Así, aunque el artículo 68(3) del ER no es completamente claro en este punto, la regla 90 y las normas 79-85 del RegC despejan cualquier duda al respecto. Además, dado el elevado número de víctimas de la situación, o incluso del caso, que pudieran personarse en los procesos de activación, penal y de reparación, y considerando la complejidad de las actuaciones ante la Corte y la distancia entre sus lugares de residencia y la sede de la Corte, parece recomendable que su intervención en las actuaciones se realice mediante representantes legales.⁶⁵

Así, la norma 86(2)(h) del RegC prevé que en los formularios que hay que llenar para la personación de las víctimas en las actuaciones se incluya “información sobre el alcance de la representación legal con la que espera contar la víctima, si la hubiere, incluyendo el nombre y domicilio de los posibles representantes legales e información sobre los medios financieros con los que cuentan la o las víctimas para pagar a un representante legal”. Además, la articulación de un sistema efectivo de representación legal de las víctimas de la situación será con toda seguridad un componente esencial

⁶⁴ RPP 90(2) y norma 79(1) del RegC.

⁶⁵ B. Timm, “The Legal Position”, *op. cit.*, n. 47, p. 301, y D. Donat-Cattin, *op. cit.*, n. 2, pp. 881-882.

de la primera decisión de la SCP sobre las solicitudes de intervención en el proceso de activación.⁶⁶

La configuración del sistema de representación legal de las víctimas de la situación dependerá en gran medida del número de solicitudes aceptadas. Si su número es reducido, la SCP podría permitir que las víctimas personadas intervengan sin representación legal o con un representante de su propia elección. Sin embargo, en el supuesto más probable de que el número sea considerable, la SCP tendrá probablemente que solicitar a la Secretaría, conforme a la RPP 90(2), que asista a las víctimas, o a grupos de víctimas con intereses comunes, en el nombramiento de representantes legales comunes dentro de un plazo de tiempo razonable.⁶⁷ Además, como se prevé en la RPP 90(4), la SCP solicitará a la Secretaría que adopte todas las medidas razonables para cerciorarse de que en la selección de dichos representantes, se encuentran representados los distintos intereses de las víctimas y se evitan conflictos de intereses. Lógicamente, el proceso se agilizará en gran medida si se toma como base la previa agrupación de solicitudes, realizada por la Secretaría al elaborar su informe.⁶⁸

La SCP también puede solicitar a la Secretaría que nombre directamente representantes legales comunes para los grupos de víctimas que sean incapaces de nombrarlos dentro del periodo otorgado a tal efecto.⁶⁹ En este sentido, hay que subrayar que la Secretaría podría optar por asignar a cada grupo de víctimas un abogado de la Oficina Pública de Defensa para las Víctimas.⁷⁰ Estos abogados podrían, si fuese necesario, desarrollar sus funciones durante la fase de investigación de la situación que precede al inicio del proceso penal propiamente dicho. Una vez que el proceso penal haya comenzado, abogados externos a la Corte podrían ser nombrados para representar a las víctimas del caso en las actuaciones penales y de reparación. Esta opción tendría, a nuestro entender, un impacto positivo dado el potencial número de víctimas de la situación, el alcance limitado de su intervención en las actuaciones conforme al artículo 15(3) del ER y a las RPP

⁶⁶ Norma 79(1) del RegC.

⁶⁷ Véase al respecto G. Bitti y Friman, *op. cit.*, n. 2, p. 462, y B. Timm, *op. cit.*, n. 47, pp. 300-301.

⁶⁸ Norma 86(5) del RegC.

⁶⁹ RPP 90(3).

⁷⁰ Se lee, de acuerdo con la norma 81(4) del RegC, lo siguiente: “La Oficina Pública de Defensa de las Víctimas también deberá prestar apoyo y asistencia al representante legal de las víctimas y a las víctimas, incluyendo, de ser apropiado: (a) investigaciones y asesoramiento letrado; y (b) comparecencia ante una Sala en relación con ciertos asuntos específicos.”

50, 92(2), 93, 107(5) y 109, y el hecho de que la RPP 90(5) y la norma 83(2) de las RegC dejan en manos de la Secretaría, previa consulta con la SCP, la determinación del alcance de la asistencia jurídica gratuita que la Corte puede prestar a las víctimas.

De acuerdo con la norma 79(3) del RegC, las víctimas pueden solicitar a la SCP la revisión del nombramiento de sus representantes legales comunes realizado por la Secretaría, en un plazo de 30 días a contar desde la fecha de notificación de dicho nombramiento. En tal caso, la SCP deberá ratificar o declarar nulo dicho nombramiento y, en su caso, deberá especificar la manera en que la Secretaría deberá proceder a un nuevo nombramiento de representantes legales comunes.

Una vez que se ponga en marcha el sistema de representación de las víctimas de una determinada situación, los futuros solicitantes, a los que se les reconozca también la posición procesal de víctima, serán incluidos en alguno de los grupos de víctimas ya establecidos. Además, en caso de necesidad, la SCP podría establecer nuevos grupos de víctimas y solicitar a la Secretaría que asista a las víctimas incluidas en los mismos, para que en un plazo razonable nombren sus representantes legales comunes.⁷¹

CONCLUSIÓN

Siete años después de la aprobación del ER y tres años después de su entrada en vigor, son ya cuatro las situaciones de crisis que han sido remitidas a la Corte por un Estado Parte⁷² o por el Consejo de Seguridad,⁷³ lo que ha dado lugar a las investigaciones de las situaciones en la República Democrática del Congo⁷⁴ y en el norte de Uganda,⁷⁵ y al examen preliminar de las situaciones en la República Centroafricana⁷⁶ y en Darfur.⁷⁷ Además,

⁷¹ Regla 90(2) y (3) de las RPP.

⁷² Véanse http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=16&l=en.html, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=19.htm, y http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=87.html.

⁷³ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1593, UN Doc S/RES/1593, de 31 de marzo de 2005, por la cual el Consejo de Seguridad remite a la Fiscalía de conformidad con el artículo 13(b) del ER, la situación de crisis existente en el territorio de Darfur desde el 1 de julio de 2002. Véase <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/98.html>.

⁷⁴ Véase http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=26&l=en.html.

⁷⁵ Véase http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=33&l=en.html.

⁷⁶ Véase <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/98.html>.

⁷⁷ Véase <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/87.html>.

como resultado de las cientos de denuncias recibidas por la Fiscalía, varias situaciones adicionales son actualmente objeto de examen preliminar.⁷⁸ En este contexto, no es de extrañar que las primeras solicitudes de reconocimiento de la posición procesal de víctima en las actuaciones ya comienzan a presentarse ante la Corte.

La posición procesal de las víctimas en las actuaciones ante la Corte no tiene precedente en un Derecho Procesal Penal Internacional, que hasta ahora las había tratado exclusivamente como posibles testigos. Esta nueva regulación de la posición procesal de la víctima, que constituye, sin duda, uno de los elementos más sobresalientes del ER, abarca a todas las actuaciones ante la Corte, incluyendo al propio proceso de activación con su carácter previo, necesario y autónomo, en relación con el proceso penal ante la Corte.

Sin embargo, el temor de los negociadores a la posible parálisis de la Corte a raíz del elevado número de personas físicas y jurídicas que pudieran personarse en las actuaciones, les llevó a no definir con precisión los contornos de la posición procesal atribuida a las víctimas en los procesos de activación, penal y de reparación. En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte ha de jugar un papel clave en la delimitación de los contornos de la posición procesal que corresponde, primero a las víctimas de la situación, y posteriormente a las víctimas del caso, así como en el establecimiento de un sistema de representación legal efectivo.

⁷⁸ Véase http://www.icc-cpi.int/library/asp/060904_Moreno_Ocampo_third_ASP_English.pdf.

CUESTIONES PROCESALES Y PROCEDIMENTALES SOBRE LA POSICIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LAS ACTUACIONES ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN¹

LA POSICIÓN procesal de las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional (CPI) ha sido considerada como uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma (ER).² A pesar de su asistematicidad, existen numerosas disposiciones en el ER, en las Reglas de procedimiento o prueba (RPP) y en el Reglamento de la Corte (RegC) que regulan la intervención de las víctimas en las distintas actuaciones ante la Corte.³

El artículo 15(3) del ER y las RPP 50, 92(3), 93, 107 y 109 regulan la intervención de las víctimas en el proceso de activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte sobre una determinada situación de crisis;

¹ Publicado en *Revista de Derecho Público*, vol. 21, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2008. Reimpreso en *Cuestiones esenciales de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, K. Ambos y M. de Hoyos (eds.), Fundación Konrad Adenauer/Universidad de Göttingen/Instituto de Estudios Europeos de Valladolid, Valladolid, 2008, pp. 55-91.

² Véase S. A. Fernández de Gurmendi, “Definition of Victims and General Principles”, en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, pp. 427 ss.; H. Brady, “Protective and Special Measures for Victims and Witnesses”, en R. S. Lee (ed.), *op. cit.*, pp. 434 ss.; G. Bitti y H. Friman, “Participation of Victims in the Proceedings”, en R. S. Lee (ed.), *op. cit.*, pp. 459 ss.; R. W. D. Jones, “Protection of Victims and Witnesses”, en A. Cassese, P. Gaeta y R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, vol. II, pp. 1357 ss.; C. Jorda y J. de Hemptinne, “The Status and Role of the Victim”, en A. Cassese, P. Gaeta y R. W. D. Jones (eds.), *op. cit.*, pp. 1390 ss.; D. Donat-Cattin, “Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, pp. 869 ss., y K. Stahn, H. Olásolo y K. Gibson, “Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol 4, núm. 2, 2006, pp. 218-239 (p. 219).

³ Véanse los artículos 15(3), 19(3), 68(3) y 75(3) del ER, las RPP 50, 59, 89-93, 94-99, 103, 107 y 109 y las normas 86 y 88 del RegC. Véase también lo señalado por G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, pp. 456 y 474.

es decir, en el conjunto de actuaciones por medio del cual se determina si la Corte va a iniciar una investigación sobre una determinada situación de crisis objeto de examen.⁴

Por su parte, las RPP 92(2), 93, 107 y 109 regulan la intervención de las víctimas durante las actuaciones que siguen a la finalización del proceso de activación y que preceden a la apertura del proceso penal o caso propiamente dicho;⁵ estas actuaciones conforman lo que se conoce como fase de investigación de una situación.⁶ Además, la jurisprudencia de la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I)⁷ y de la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP II)⁸ ha señalado también que el artículo 68(3) del ER y las RPP 91-93 regulan la intervención de las víctimas en esta etapa procesal.⁹

La intervención de las víctimas en el proceso penal ante la Corte —cuyo objeto son casos en lugar de situaciones, y que inicia con la emisión de una orden de arresto o de comparecencia conforme al artículo 58 del ER—¹⁰ se regula en el artículo 68(3) del ER, y en las RPP 91-93.¹¹ Respecto al ámbito

⁴ H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿donde investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 99-105.

⁵ Por ejemplo, la RPP 92(2) prevé que, a los efectos de facilitar la personación de las víctimas en las actuaciones en la manera prevista de la RPP 89, la decisión de la Fiscalía de cerrar la investigación de una situación sin proceder a enjuiciamiento alguno conforme al artículo 53(2) del ER, deberá ser notificada a quienes hayan participado en las actuaciones en calidad de víctimas (o a sus representantes legales) y, en la medida de lo posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la Corte alegando ser víctimas en relación con la situación de que se trate. Véase al respecto G. Bitti y H. Friman, *op. cit.* p. 470.

⁶ Estas actuaciones pueden equipararse con las diligencias preliminares que desarrolla la Fiscalía española en el procedimiento abreviado conforme al artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Véase H. Olásolo, “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, *La Ley*, octubre de 2005.

⁷ Véase, en particular, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 54.

⁸ Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-01/02-101, párrafos 88-104.

⁹ La interpretación del artículo 68(3) del ER como aplicable durante la fase de investigación de una situación no es, sin embargo, unánime en la doctrina. Véase, en este sentido, D. Donat-Cattin, *op. cit.*, p. 873.

¹⁰ H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 108.

¹¹ En este sentido, resulta significativo que G. Bitti y H. Friman (*op. cit.*, n. 2, p. 457), señalen que, como resultado del temor de una buena parte de los negociadores a que el ele-

de aplicación de estas últimas reglas, la SCP I¹² y la SCP II¹³ han confirmado lo que algunos autores ya habían apuntado en el sentido de que debido a que las RPP 89-93 han sido incluidas en la sección titulada “participación de las víctimas en el proceso”, algunos podrían sostener que, dado que el término “proceso” debería interpretarse de acuerdo a su sentido técnico en algunas jurisdicciones nacionales, cualquier intervención de las víctimas en las actuaciones debería limitarse al proceso penal ante la Corte, el cual se inicia formalmente mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia. Sin embargo, el ER no parece restringir el significado del término *proceso* (o los términos *proceedings* y *procedure* utilizados en las versiones inglesa y francesa de las RPP) en el sentido técnico antes descrito. Por el contrario, el término *proceso* es utilizado en numerosas instancias para referirse a la fase preprocesal de investigación de una situación, e incluso a actividades desarrolladas durante el proceso previo, autónomo y necesario de activación, con independencia de las funciones atribuidas a los órganos jurisdiccionales de la Corte en su desarrollo.¹⁴

La intervención de las víctimas en las actuaciones civiles ante la Corte se regula en el artículo 75(3) del ER, las RPP 94-99 y la norma 88 del RegC. Estas disposiciones atribuyen a las víctimas la condición procesal de parte en las actuaciones civiles de reparación ante la Corte.¹⁵

Finalmente, las RPP 86, 89 y 90 y la norma 86 del RegC abordan problemas comunes a la intervención de las víctimas en las distintas actuaciones ante la Corte, entre los que destaca el régimen de acceso a la Corte y el sistema de representación legal.¹⁶

Mientras que en el ámbito internacional la posición procesal prevista para las víctimas en las actuaciones ante la Corte no tiene precedente, en el ámbito nacional la intervención de las víctimas en el proceso penal, en

vado número de víctimas hiciera impracticable su intervención, en las actuaciones se dejó en manos de la Sala competente la definición de su posición procesal en el proceso penal ante la Corte. En el mismo sentido, véase D. Donat-Cattin, *op. cit.*, n. 2, pp. 880-882.

¹² Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 54

¹³ Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, ICC-02/04-101, párrafos 88-104.

¹⁴ H. Olásolo, *op. cit.*, octubre de 2005.

¹⁵ P. Lewis y H. Friman, “Reparations to Victims”, en R. S. Lee (ed.), *op. cit.*, pp. 474-492 (p. 474).

¹⁶ G. Bitti y H. Friman, *op. cit.*, p. 460.

una posición procesal distinta de la de meros testigos, no constituye un hecho novedoso.

Al respecto, es importante recordar que los estatutos y las reglas de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR) no prevén la intervención de las víctimas en el proceso penal al margen de su posible condición de testigos ni tampoco recogen actuaciones de reparación.¹⁷

Por otra parte, en el ámbito nacional, el ordenamiento jurídico español otorga a las víctimas el derecho a personarse en las actuaciones penales como acusación particular,¹⁸ otras jurisdicciones de tradición procesal romano-germánica, como la francesa, permiten a las víctimas constituirse en *parte civile*,¹⁹ e incluso numerosas jurisdicciones de tradición de *Common law*, como la canadiense, la irlandesa, la neozelandesa o la estadounidense, otorgan a las víctimas el derecho a personarse en las actuaciones a los efectos de realizar las llamadas declaraciones de opinión (*opinion o impact statements*).²⁰

El conjunto de disposiciones sobre la posición procesal de las víctimas en las actuaciones ante la Corte es el resultado de una negociación que tuvo lugar en el marco de la creciente importancia del papel de las víctimas en la normativa internacional sobre derechos humanos y en el Derecho Internacional humanitario.²¹ Esta tendencia es fruto del reconocimiento de la exclusión experimentada por las víctimas como resultado de una normativa procesal internacional que durante décadas las ha considerado como objeto, y no como sujeto de las actuaciones; todo ello en el marco de un procedimiento de corte eminentemente anglosajón, que salvo supuestos excepcionales dejaba a la partes la elección de los testigos que comparecerían en el juicio oral. De esta manera, durante mucho tiempo, no quedaba más remedio a quien sufría el daño derivado del delito que observar como un mero espectador el devenir de las actuaciones, lo que para muchos supo-

¹⁷ C. Jorda y J. de Hemptinne, *op. cit.*, p. 1389.

¹⁸ Artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

¹⁹ Naciones Unidas (Oficina contra la Droga y el Delito), *Handbook on Justice for Victims: On the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, 1999, p. 39. Acerca de la posición procesal de la víctima en el Derecho francés, véase C. Jorda y J. de Hemptinne, *op. cit.*, p. 1401. Véanse también los artículos 89, 117, 118, 183, 186, 312, 487(3), 573, 567 y 573 del Código Procesal Penal francés.

²⁰ Naciones Unidas (Oficina contra la Droga y el Delito), *op. cit.*, p. 39.

²¹ W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004, p. 172; y C. Jorda y J. de Hemptinne, *op. cit.*, p. 1389.

nía una nueva victimización, esta vez fruto de la normativa procesal penal internacional.²²

La nueva posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la Corte refleja, por tanto, el reconocimiento general del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, tal y como subraya el apartado 12 de los principios y directrices básicos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones,²³ así como resalta el principio 8 de las directrices propuestas para combatir la impunidad de los autores de delitos de Derecho Internacional.²⁴ Asimismo, esta nueva posición procesal es a su vez el fruto del reconocimiento de que los intereses de las víctimas en la práctica difieren con frecuencia de los de la Fiscalía y de que, por tanto, se requiere el establecimiento de vías procesales para asegurar su presentación en el proceso.²⁵

DEFINICIÓN DE VÍCTIMA: ¿VÍCTIMAS DE LA SITUACIÓN VERSUS VÍCTIMAS DEL CASO?

A pesar de las múltiples referencias contenidas en el ER sobre la intervención de las víctimas en las distintas fases de las actuaciones ante la Corte, el ER no define el concepto de *víctima*. Dicha definición se recoge únicamente en la RPP 85, conforme a la cual:

Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un

²² Delegación de Colombia en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Comentarios al Informe del Seminario sobre el Acceso de las Víctimas a la Corte Penal Internacional: Propuesta Presentada por Colombia, UN Doc. PCNICC/1999/WGRPE/DP.37, de 10 de agosto de 1999.

²³ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Declaración sobre los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, recogida como anexo al Informe Final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UN. Doc. E/CN.4/2000/62 of 18 January 2000).

²⁴ “Proposed Guiding Principles for Combating Impunity for International Crimes”, en M. C. Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice*, 2002, p. 255.

²⁵ W. A. Schabas, *op. cit.*, 2004, pp. 172-173.

daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;

b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

El contenido de esta definición ha sido interpretado hasta el momento por la (SCP I, SCP II y la Sala de Primera Instancia (SPI). En opinión del autor, existen varios puntos en los cuales coinciden las interpretaciones realizadas por las distintas Salas de la Corte hasta el momento. Éste es el caso de la interpretación de la expresión “personas naturales”, como personas humanas (en contraposición a personas jurídicas),²⁶ o de la interpretación literal realizada por las distintas salas de la expresión “organizaciones o instituciones”.²⁷

²⁶ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 80. Véase también Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc Núm. ICC-02/04-101, párrafo 105; Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 87. Al respecto, es importante señalar que la SCP I ha afirmado recientemente que no cabe otorgar el estatuto procesal de víctima a quienes hayan fallecido, y que dicho estatuto deberá, atribuirse, en su caso, a quienes se hayan visto perjudicados por su fallecimiento. Véase *Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l’enquête en République démocratique du Congo* par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 24 de diciembre de 2007, Doc. Núm. ICC-01/04-423, párrafo 24.

²⁷ *Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l’enquête en République démocratique du Congo* par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, Doc. Núm. ICC-01/04-423, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 24 de diciembre de 2007, párrafos 137 ss. Véase también Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs.*

Tampoco ha generado ninguna controversia la inclusión del daño psicológico, además del daño físico, en el concepto de daño previsto en la RPP 85. En este sentido, tanto la SCP I²⁸ como la SPI²⁹ han optado por un concepto amplio de daño, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁰ Del mismo modo, el requisito de que el daño producido haya sido generado por un delito sobre el que la Corte tiene jurisdicción, ha sido unánimemente acogido por la SCP I,³¹ la SCP II³² y la SPI.³³ Se puede, por tanto, afirmar que la jurisprudencia de las distintas salas de la Corte ha requerido de manera constante la necesidad de un vínculo de causalidad entre el daño alegado y la existencia de un delito que se encuentre incluido dentro de los ámbitos personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de la Corte.³⁴

Sin embargo, en opinión del autor, existen dos aspectos relevantes de la definición de *victima* recogida en la RPP 85, sobre los que las SCP I, SCP II y la SPI discrepan de manera sustancial. El primero de ellos se refiere a

Thomas Lubanga Dyilo el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 87.

²⁸ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en la RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafos 115-117.

²⁹ Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 92.

³⁰ En relación con las pérdidas económicas, véase en particular el caso de *El Amparo vs. Venezuela* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Sentencia/Reparaciones (Art. 63(1))", 14 Septiembre 1996, Serie C, No. 28, párrafos 28-63 (también se puede ver la Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Ayder and Others vs. Turkey*, "Sentencia", 8 January 2004, Aplicación No. 23656/94, párrafo 141 ss. Por su parte, en relación con el daño psicológico, véanse los siguientes casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Aloeboetoe et al. vs. Suriname*, "Sentencia/Reparaciones (Art. 63(1))", 10 Septiembre 1993, Serie C, No. 15, párrafo 52; y *Neira Alegría et al. vs. Perú*, "Sentencia/Repaciones (Art. 63(1))", 19 Septiembre 1996, Serie C, No. 29, párrafo. 57 (también se puede acudir a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos: *Aksoy vs. Turkey*, 18 Diciembre 1996, Aplicación No. 21987/93, párrafo 113; y *Selmouni vs. France*, 28 Julio 1999, Aplicación No. 25803/94, párrafo 123.

³¹ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafos 94 y 115-117.

³² Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párrafo 12.

³³ Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 92.

³⁴ *Idem*.

las características del delito con el que ha de estar causalmente vinculado el daño alegado. Así, dado que la RPP 85 sólo exige expresamente que el daño alegado sea resultado de “algún crimen de la competencia de la Corte”, surge la cuestión de si cualquier persona física o jurídica que alegue haber sufrido un daño a resultas de un delito sobre el que la Corte tiene jurisdicción —con independencia del lugar y del momento en el que haya sido presuntamente cometido— puede ser considerada como víctima en relación con las actuaciones relativas a una determinada situación o caso. En otras palabras, ¿es posible que quien afirme haber sufrido un daño derivado de un presunto crimen de lesa humanidad cometido, por ejemplo, en territorio español en enero de 2003, pueda ser reconocido como víctima a los efectos de su intervención en las actuaciones relativas a la investigación de las situaciones en Darfur, República Democrática del Congo (RDC), Uganda o República Centroafricana, o en las actuaciones de la fase preliminar de los casos contra Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga o Mathieu Ngudjolo Chiu?

Una primera posición en relación con este problema es la adoptada por la SCP I, según la cual, la RPP 85 no adopta expresamente una solución porque se limita a ofrecer una definición genérica de víctima a los efectos de que pueda ser aplicada en las distintas fases del proceso ante la Corte. En consecuencia, para la SCP I es necesario ajustar el contenido concreto de dicha definición en virtud del objeto de la fase procesal en la que se aplique.³⁵ En este sentido, conviene recordar que el proceso de activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte (o actuaciones de apertura de una investigación), así como la fase de investigación de una situación, tienen por objeto situaciones de crisis definidas en abstracto mediante parámetros territoriales, temporales y personales; mientras que las distintas fases de un caso (incluyendo su fase preliminar, el juicio oral y la apelación) tienen como único objeto los incidentes específicos recogidos, primero, en la orden de arresto que da inicio al caso, y posteriormente en el escrito de acusación (*charging document*).³⁶

³⁵ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 65; Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc Núm. ICC-02/04-101, párrafos 83-88. Véase también H. Olásolo, *op. cit.*, p. 109.

³⁶ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17

En consecuencia, según la SCP I, para determinar el grupo de personas físicas y jurídicas a las que se les reconoce el estatuto procesal de víctima en una determinada fase de las actuaciones ante la Corte, sería necesario aplicar la definición de la RPP 85 al objeto —situaciones o casos— de la fase procesal de que se trate. Siguiendo esta lógica, surgiría la distinción entre las “víctimas de la situación” y las “víctimas del caso”.³⁷ El concepto de *víctima de la situación* sería de aplicación en el proceso de activación y en la fase de investigación de una situación, y englobaría a todas las personas físicas y jurídicas que hubieran sido objeto del daño a que se refiere la RPP 85 dentro de los parámetros territoriales, temporales y personales que definen la situación de crisis de que se trate.³⁸

Por tanto, en una situación como la resultante del conflicto ocurrido en el territorio de la antigua Yugoslavia, entre 1991 y 1995, sólo se encontrarían legitimadas al estatuto procesal de víctima de la situación: 1) las personas físicas que hubieran sufrido un daño a resultas de alguno de los delitos previstos en el ER cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia, entre 1991 y 1995, y 2) las personas jurídicas que como consecuencia de tales delitos hubieran sufrido el tipo de daño previsto en la RPP 85. Es por esta razón que la SCP I ha señalado repetidamente que sólo reconoce el estatuto procesal de víctima en la fase de investigación de las situaciones en Darfur³⁹ y en RDC,⁴⁰ a quienes puedan mostrar *prima facie* que han sufrido un

de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 65; Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párrafo 9. Véase también H. Olásolo, *op. cit.*, pp. 39-47.

³⁷ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 66. Véase también H. Olásolo, *op. cit.*, p. 109.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07, dictado por la SCP I en la situación en Darfur el 14 de diciembre de 2007, párrafo 49.

⁴⁰ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 68. Véase también *Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l'enquête en République démocratique du Congo* par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à

daño como consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 5-8 del ER en el territorio de Darfur, o en el territorio de la RDC, a partir del 1 de julio de 2002.

La SCP I señala que el concepto de víctima del caso sería de aplicación en los procesos penales y de reparación, y englobaría sólo a las personas físicas y jurídicas que hubieran sido objeto del daño a que se refiere la RPP 85, en los incidentes específicos que constituyen los fundamentos de hecho de la orden de arresto o comparecencia que da inicio al caso de que se trate, y que posteriormente han de constituir los fundamentos de hecho del escrito de acusación.⁴¹ De esta manera, si se dicta una orden de arresto contra el comandante X por los delitos presuntamente cometidos por sus subordinados durante el asalto al pueblo A el 14 de agosto de 2005, sólo estarán legitimadas para que se les reconozca el estatuto procesal de víctima del caso contra el comandante X: 1) las personas físicas que hayan sufrido un daño resultante de la comisión de cualquiera de los delitos cometidos durante el asalto contra el pueblo A el 14 de agosto de 2005, que hayan sido recogidos en la orden de arresto o de comparecencia dictada contra el comandante X, y 2) las personas jurídicas que como consecuencia de tales delitos hubieran sufrido el tipo de daño previsto en la RPP 85.

Es por esta razón que la SCP I sólo reconoce el estatuto procesal de víctima de la fase preliminar del caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngujolo Chui, a quienes han podido demostrar *prima facie* que han sufrido un daño como consecuencia de la comisión de alguno de los delitos recogidos, primero, en las órdenes de arresto dictadas contra Germain Katanga y Mathieu Ngujolo Chui el 2 y 6 de julio de 2007,⁴² y posteriormente en

a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, Doc. Núm. ICC-01/04-423, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 24 de diciembre de 2007, párrafos 4 y 5.

⁴¹ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 66. Véase también H. Olásolo, *op. cit.*, p. 109.

⁴² Mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga, dictado por la SCP I el 2 de julio de 2007 y por el que se inicia el caso *The Prosecutor vs. Germain Katanga*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-1. Véase también el Mandat d'arrêt à l'encontre de Mathieu Ngujolo Chui, dictado por la SCP I el 6 de julio de 2007 y por el que se inicia el caso *The Prosecutor vs. Mathieu Ngujolo Chui*, Doc. Num. ICC-01/04-02/07-1. Ambos casos fueron posteriormente reunidos por Decision on the Joinder of the Cases against Germain Katanga and Mathieu Ngujolo Chui, dictada por la SCP I en el caso *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngujolo Chui* el 10 de marzo de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-257.

el escrito de acusación presentado por la fiscalía el 29 de enero de 2008;⁴³ es decir, a quienes han podido mostrar *prima facie* haber sido victimizados durante el ataque conjunto del Front des Nationalistes et Intégrationnistes (FNI) y de la Force de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI) contra el pueblo de Bogoro el 24 de febrero de 2008.⁴⁴

La SCP II, en su decisión de 10 de agosto de 2007, adoptó una posición similar a la acogida por la SCP I. Así, la SCP II sólo reconoció a los solicitantes a/0101/06 y a/0119/06 el estatuto procesal de víctima de la situación en Uganda, tras reconocer que los incidentes en los que afirmaban haber sufrido el tipo de daño previsto en la RPP 85, parecían haberse producido dentro de los parámetros territoriales y temporales que definen la situación bajo investigación, es decir, dentro del territorio de Uganda con posterioridad al 1 de julio de 2002.⁴⁵ Del mismo modo, la SCP II sólo reconoció a los solicitantes a/0090/06, a/0098/06, a/0112/06, a/0119/06 y a/0122/06 el estatuto procesal de víctima del caso contra Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen, tras comprobar que los incidentes en los que alegaban haber sufrido el tipo de daño previsto en la RPP 85, parecían formar parte de los incidentes incluidos en las órdenes de arresto que dieron inicio al caso.⁴⁶

⁴³ Submission of the Document Containing the Charges and of the List of Evidence, presentado por la Fiscalía en el caso *The Prosecutor vs. Germain Katanga* el 29 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-170 and ICC-01/04-01/07-170-Anx1.

⁴⁴ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08, dictada por la SCP I en el caso *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngunjolo Chui* el 31 de marzo de 2008. La SCP I ya procedió de esta manera al conceder o denegar el estatuto procesal de víctima en la fase preliminar del caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Véase, por ejemplo, la *Décision sur les demandes de participation à la procédure a /0001/06, 1/0002/06 et a/0003/06 dans le cadre de l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo et de l'enquête en République démocratique du Congo*, dictada por la SCP en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 28 de julio de 2006, Doc. Num. ICC-01/04-01/06-228. La SCP I procederá de la misma manera al analizar las solicitudes para el reconocimiento del estatuto de víctima en la fase preliminar del caso pendiente ante la misma, en relación con la situación en Darfur, Sudán, es decir *The Prosecutor vs. Ahmad Muhammad Harun* ("Ahmad Harun") and *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (Ali Kushayb).

⁴⁵ Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párrafos 139 y 153.

⁴⁶ Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párrafos 30, 39, 49, 59, 66 y 75.

En su decisión de 18 de enero de 2008, la Mayoría de la SPI (magistrados Adrian Fulford y Elizabeth Odio Benito), adoptó una posición diversa de la previamente acogida por la SCP I y la SCP II, al entender que la definición de víctima prevista en la RPP 85 requiere sólo la existencia de un vínculo de causalidad entre el daño alegado y los delitos sobre los que la Corte tenga jurisdicción, con independencia de dónde y cuándo haya sido presuntamente cometidos. Según la Mayoría de la SPI:

La Regla 85 no tiene el efecto de restringir la intervención de las víctimas a los delitos incluidos en los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares I, y esta restricción no aparece recogida en el sistema del Estatuto de Roma. La Regla 85 (a) simplemente se refiere a que el daño debe resultar de la comisión de “algún crimen de la competencia de la Corte”.⁴⁷

Por tanto, para la Mayoría de la SPI cualquier persona física o jurídica que pueda probar *prima facie* haber sufrido un daño derivado de alguno de los delitos sobre los que la Corte tiene jurisdicción material, y que haya sido cometido bien por un nacional de un Estado Parte, bien en el territorio de un Estado Parte, a partir del 1 de julio de 2002, puede “potencialmente” intervenir en las actuaciones del caso contra Thomas Lubanga Dyilo.⁴⁸

Ahora bien, definido el concepto de víctima en estos términos tan amplios, la Mayoría de la SPI matiza que

Sin embargo, no sería significativo o en el interés de la justicia que se permitiera a todas estas víctimas participar en cuanto tales en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo, porque la prueba y las cuestiones que haya que examinar durante el mismo (que dependerán de los cargos a los que se enfrentan), no tendrán con frecuencia ninguna relación con el daño causado a quienes forman parte de esta amplia categoría de víctimas.⁴⁹

En consecuencia, según el modelo adoptado por la SPI, el conjunto de personas físicas y jurídicas a las que se les autorizaría, en última instancia, intervenir en las actuaciones relativas al caso contra Thomas Lubanga Dyilo, se limitaría a las que tengan un vínculo con los elementos de prueba que serán presentados durante el juicio oral, o que se puedan ver afectadas

⁴⁷ Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 93.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafos 94 y 95. [Traducción del autor.]

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 95. [Traducción del autor.]

por alguna de las cuestiones que se prevé serán discutidas durante el proceso.⁵⁰

En su voto particular, el magistrado René Blattmann disiente de la posición adoptada por la Mayoría de la SPI, porque ninguna de las partes en el proceso (es decir, Fiscalía y Defensa), ni quienes participan en él (es decir, aquellos a los que ya se les ha reconocido el estatuto procesal de víctima en el caso), han solicitado a la SPI que adopte una definición de *víctima* distinta a la adoptada por la SCP I y la SCP II (máxime cuando la Sala de Apelaciones ha decidido no modificarla cuando ha tenido la oportunidad para hacerlo); y la Mayoría de la SPI no cita en apoyo de su nueva interpretación de la definición de *víctima* ninguna jurisprudencia o legislación de los sistemas nacionales que prevén la participación de las víctimas en el proceso penal.⁵¹

En opinión del autor, la nueva interpretación de la definición de *víctima* adoptada por la Mayoría de la SPI, es resultado de una interpretación estrictamente literal y aislada de la RPP 85, que no tiene en cuenta el sistema procesal previsto por las demás disposiciones del ER y de las RPP (y en el cual, debe necesariamente enmarcarse la regla 85). Además, mucho nos tememos que esta nueva interpretación no sirva sino para levantar amplias expectativas de intervención en las actuaciones del caso contra Thomas Lubanga Dyilo, que no van a poder materializarse debido a los requisitos adicionales a los que la propia Mayoría de la SPI somete dicha intervención.

Desafortunadamente, la consecuencia inmediata de esta nueva interpretación es la generación de una situación en la que: 1) en las actuaciones relativas a la confirmación de los cargos en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo, la SCP I ha reconocido el estatuto procesal de víctima sólo a quienes muestren *prima facie* haber sufrido un daño derivado de los delitos imputados a aquél en la orden de arresto y en el escrito de acusación, y 2) en las actuaciones relativas al juicio oral, la SPI reconoce que cualquier persona física o jurídica que demuestre *prima facie* haber sufrido un daño como consecuencia de cualquier delito sobre el que la Corte tiene jurisdicción, puede “potencialmente intervenir” (si bien la subsiguiente exigencia de un vínculo con los elementos de prueba o cuestiones a tratar en el caso, parece cerrar la posibilidad a que dicha expectativa pueda transformarse en realidad en la gran mayoría de los casos).

⁵⁰ Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 95.

⁵¹ Separate and Dissenting Opinion of Judge René Blattmann to the Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafos 28 y 29.

Es por esta razón que no cabe sino recibir de manera positiva la reciente decisión de la SPI de autorizar tanto a la Fiscalía como a la Defensa para que presenten una apelación interlocutoria, a los efectos de que la Sala de Apelaciones determine si, aplicar la definición de *víctima* prevista en la RPP 85, es necesario ajustar dicha definición en virtud del objeto (situaciones o casos) de la fase procesal en la que se pretende aplicar.⁵²

El segundo aspecto de la definición de *víctima* que ha generado controversia entre la SCP I y SCP II por un lado, y la SPI por el otro lado, es el relativo a la cuestión de si el “daño indirecto” sufrido por las personas físicas puede incluirse dentro del concepto de *daño previsto* en la RPP 85.

Según la SCP I y la SCP II, la definición de *víctima* prevista en la RPP 85 exige que la persona física o jurídica de que se trate, haya sufrido un daño derivado directamente de alguno de los delitos que forman parte de la situación o caso objeto de las actuaciones.⁵³ La única excepción es la relativa a quienes afirmen haber sufrido un daño al intentar asistir a las víctimas directas de tales delitos o al intentar prevenirlos o ponerles fin.⁵⁴

Por su parte, según la Mayoría de la SPI, la definición de *víctima* prevista en la RPP 85, no exige que el daño sufrido deba derivarse directamente de los delitos que forman parte de la situación o caso objeto de las actuaciones. En opinión de la Mayoría de la SPI, esta exigencia sólo se contempla expresamente en el apartado (b) de la RPP 85 en relación con las personas jurídi-

⁵² Decisión on the Defence and Prosecution Requests for Leave to Appeal the Decisión on Victims' Participation of 18 January 2008, dictada el 26 de febrero de 2008 por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Doc. Núm. ICC-01/04-01-06-1191, p. 21.

⁵³ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo, dictada el 28 de julio de 2006 por la SCP I en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-228-tEN, p. 8. Véase también Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párrafos 31, 40, 50, 60, 67, 76, 143 y 155.

⁵⁴ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo, dictada el 28 de julio de 2006 por la SCP I en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-228-tEN, p. 8. Véase también la Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08, dictada por la SCP I en el caso *The Prosecutor vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui* el 31 de marzo de 2008.

cas, por lo que de acuerdo con una interpretación *a contrario* del apartado (a) de dicha disposición, la misma no sería aplicable a las personas físicas.⁵⁵ En consecuencia, en un caso como el de Thomas Lubanga Dyilo, en el que los delitos imputados son los de alistamiento y reclutamiento de niños menores de 15 años en las FPLC, la condición de víctima no se limitaría a los niños (o a sus familiares) que fueron alistados o reclutados en violación de la correspondiente norma penal, sino que se extendería también a las personas físicas que aleguen haber sufrido un daño físico o moral a resultas de las acciones de dichos niños en cuanto que miembros de las FPLC.

En opinión del autor, la posición de la Mayoría de la SPI es el resultado de confundir la naturaleza del daño exigido por la RPP 85 (material, moral o psicológico), con la naturaleza del vínculo de causalidad requerido por dicha disposición. Así, la Mayoría de la SPI trata la cuestión del llamado “daño indirecto” al analizar los distintos tipos de daño recogidos en la RPP 85, en lugar de tratarlo, como hace la SCP I, al analizar la naturaleza del vínculo de causalidad entre el daño sufrido y los delitos imputados. Por tanto, la Mayoría de la SPI atenúa el vínculo de causalidad exigido por la definición de víctima de la RPP 85 y autoriza a participar en las actuaciones a quienes no tienen vínculo alguno con los delitos imputados, al margen de haber sufrido un daño a manos de las víctimas directas de dichos delitos.

Esta situación, además de colocar en la misma posición procesal a grupos que tienen intereses contrapuestos (por ejemplo, en el caso Lubanga, mientras los niños reclutados pertenecen en su gran mayoría al grupo hema, las personas que han sido dañadas por éstos pertenecen por lo general al grupo antagónico lendu), genera una gran incertidumbre para la Defensa, pues no está claro si al permitir la intervención en las actuaciones de estos últimos, también se está imputando a los acusados los delitos presuntamente cometidos contra los mismos por los niños alistados o reclutados (delitos que incluso pudieran ser más graves que los imputados por la Fiscalía en el escrito de acusación y posteriormente confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares).

Los problemas planteados por la posición adoptada por la Mayoría de la SPI son todavía mayores si se tiene en cuenta dicha postura que ha desvinculado la definición de víctima del objeto de las actuaciones. En consecuencia, según la Mayoría de la SPI, la definición de víctima incluiría a cualquier persona física que haya sufrido un daño material, moral o psicológico; y

⁵⁵ Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 91.

que tenga una cierta vinculación causal (aunque sea indirecta) con cualquier delito sobre el que la Corte tenga jurisdicción. Por ello, constituye sin duda una noticia positiva el hecho de que la SPI recientemente haya decidido autorizar tanto a la Fiscalía como a la Defensa para que presenten una apelación interlocutoria, a los efectos de que la Sala de Apelaciones decida sobre la llamada cuestión del daño indirecto en el marco de la RPP 85.⁵⁶

SISTEMATICIDAD *VERSUS* CASUISMO
EN EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN
DE LAS VÍCTIMAS EN LAS ACTUACIONES
PENALES ANTE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL: ¿ES POSIBLE HABLAR
DE UN ESTATUTO PROCESAL DE VÍCTIMA?

La cuestión relativa al tratamiento de las solicitudes de intervención en las actuaciones por quienes alegan tener la condición de víctima es, sin duda, una de las cuestiones de mayor actualidad en la actividad de la Corte en estos días, dada la diversidad con la que la SCP I, la SCP II y la SPI han interpretado hasta el momento la RPP 89, la norma 86 del RegC, y, en particular, el artículo 68(3) del ER que señala lo siguiente:

La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos.

Según la jurisprudencia de la SCP I, el artículo 68(3) del ER requiere, en primer lugar, analizar si los intereses personales de las víctimas se encuentran afectados por una determinada etapa de las actuaciones, a los efectos de precisar si la misma es una “fase conveniente” para que las víctimas presenten sus opiniones y observaciones; es decir, para que puedan intervenir en las actuaciones.⁵⁷ Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, la

⁵⁶ Decisión on the Defence and Prosecution Requests for Leave to Appeal the Decision on Victims Participation of 18 January 2008, dictada el 26 de febrero de 2008 por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Doc. Núm. ICC-01/04-01-06-1191, p. 21.

⁵⁷ Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, p. 6.

SCP I entiende que el artículo 68(3) del ER requiere también la concreción de la forma en la que las víctimas pueden presentar sus opiniones y observaciones, “de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos”.⁵⁸

Por tanto, para la SCP I, el análisis previsto en el artículo 68(3) del ER sobre si los intereses personales de las víctimas se encuentran afectados, debe ser llevado a cabo en relación con “fases procesales” (en este sentido conviene recordar que la versión inglesa del texto utiliza la expresión “*stages of the proceedings*”, que es sin duda más amplia que la expresión “fases del juicio”, utilizada por la versión española), y no en relación con cada actividad procesal o elemento de prueba que forma parte de una determinada fase procesal.⁵⁹

En este sentido, la SCP I subraya que la adopción de un modelo de análisis por actividad procesal o elemento de prueba, en lugar de un modelo de análisis por fase procesal, tendría como consecuencia que: 1) el carácter expedito de las actuaciones ante la Corte se pondría en peligro, porque cada vez que una persona física o jurídica desee participar en relación con una determinada actividad procesal o elemento de prueba, sería necesario que, antes de comenzar a practicarse o presentarse la actividad procesal o elemento de prueba de que se trate: *a)* el interesado realice una solicitud por escrito ante la Sección de Participación de Víctimas y Reparaciones de la Secretaría (“SPVRS”); *b)* la SPVRS, tras asegurarse de que la solicitud contiene toda la información necesaria, presente un informe sobre esta misma ante la Sala competente; *c)* las partes tengan la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la solicitud, y *d)* la Sala competente decida sobre la misma;⁶⁰ 2) las víctimas se verían privadas de un auténtico estatuto procesal durante las distintas fases del proceso penal ante la Corte, porque las expectativas y cargas procesales que se les pudieran reconocer se verían limitadas a actividades procesales puntuales o elementos de prueba específicos,⁶¹ y 3) el papel de las víctimas en el proceso penal ante la Corte (que constituye, sin duda, una de las características principales del ER), se vería significativamente limitado como consecuencia de las dificultades para demostrar que los intereses personales de los solicitantes se encuentran afectados por una actividad procesal o elemento de prueba específico, en lugar de una fase

⁵⁸ *Ibidem*, 9.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁶¹ *Idem*.

procesal en su conjunto. Así, supongamos, por ejemplo, que la Defensa impugna la admisibilidad de cierta prueba documental porque fue adquirida mediante una entrada y registro ilegal. En estas circunstancias, sería muy difícil para un solicitante probar que sus intereses personales se encuentran afectados por la impugnación de la Defensa, si el valor de la prueba afectada no es analizado en el contexto del caso en su conjunto. En otras palabras, a no ser que se tenga en cuenta el impacto que la exclusión de la prueba documental afectada puede tener en el conjunto del caso, será difícil afirmar que los intereses personales del solicitante se encuentran afectados. Ahora bien, si se lleva a cabo el análisis de conjunto aquí apuntado, no se podrá continuar afirmando que se ha realizado un análisis de los intereses personales del solicitante en relación con una actividad procesal o elemento de prueba específico, sino que, por el contrario, habrá que reconocer que lo que se llevó a cabo fue un análisis a la luz de una fase procesal en su conjunto (por ejemplo, la etapa preliminar del caso).⁶²

La jurisprudencia de la SCP I afirma también que tanto la fase de investigación de una situación, como la fase preliminar de un caso relativa a la audiencia de confirmación de cargos, son dos etapas procesales en las cuales es necesario analizar, conforme a lo previsto en el artículo 68(3) del ER, si los intereses personales de las víctimas se encuentran afectados.⁶³ La SCP I llega a esta conclusión tras señalar que es en la fase de investigación de una situación en la que se dilucida la cuestión de si se va a proceder al enjuiciamiento penal de (alguno de) los presuntos responsables de los delitos cometidos en la misma, mientras que es en la fase preliminar del caso en la que se determina si los elementos de prueba son suficientes para abrir el juicio oral contra el imputado.⁶⁴ Esta conclusión, que también ha sido alcanzada por la SCP II en su decisión de 10 de agosto de 2007,⁶⁵ es apoya-

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁴ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en la RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafos 65 y 66. Véase por todas la Decision on Request for leave to appeal the “Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-438, p. 5.

⁶⁵ Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, pp. 32-41.

da por las siguientes consideraciones: 1) el sistema de *court-management*, establecido por la Corte prevé la existencia de sumarios (*case files*) independientes en relación con las actuaciones de cada una de las situaciones y casos actualmente ante la Corte (por ejemplo, el sumario de la situación en la RDC es distinto del sumario de la situación en Darfur, así como de los sumarios de los casos contra Thomas Lubanga Dyilo, y Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui), y 2) los impresos elaborados en virtud de la RPP 89 y de la norma 86 del RegC, requieren específicamente que los solicitantes identifiquen “la etapa de las actuaciones en la que desean participar”, sin que, sin embargo, requieran que los solicitantes determinen *a priori* las actuaciones procesales concretas o elementos de prueba específicos con los cuales desean hacer efectiva su participación.

Tras analizar si los intereses personales de las víctimas se encuentran afectados por la etapa de investigación de una situación, o por la etapa preliminar de un caso relativo a la confirmación de los cargos, la SCP I alcanzó una conclusión afirmativa en relación con ambas fases procesales.⁶⁶ Así, durante la fase de investigación de una situación, los intereses personales de las víctimas se encuentran afectados en cuanto que de la misma depende que se clarifiquen los hechos, se identifiquen a los presuntos autores para proceder a su enjuiciamiento y se sitúe a las víctimas en posición de solicitar reparaciones por los daños sufridos.⁶⁷ A esta misma conclusión llegó la SCP II en su decisión de 10 de agosto de 2007.⁶⁸

Por otra parte, en relación con la etapa preliminar de un caso relativo a la audiencia de confirmación de cargos, los intereses personales de las

⁶⁶ Véanse por todas la Decision on Request for leave to appeal the “Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-438, p. 5

⁶⁷ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en la RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafos 63 y 72. Véase por todas la Decision on Request for leave to appeal the “Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-438, p. 5

⁶⁸ Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, pp. 32-41.

víctimas se encuentran afectados en cuanto que de la misma depende la apertura del juicio oral contra los presuntos responsables de los delitos que se encuentran en el origen del daño sufrido, así como la posibilidad de obtener reparaciones conforme al artículo 75 del ER.⁶⁹ En este sentido, la SCP II señaló que “el hecho de que los intereses personales de una víctima se encuentran afectados por las actuaciones relativas al delito específico en el que la víctima se vio involucrada, parece ser totalmente coherente con la naturaleza de la Corte como una institución judicial cuya misión es acabar con la impunidad de los autores de los delitos más graves”.⁷⁰

Por tanto, para la SCP I y la SCP II estas dos etapas procesales constituyen “fases convenientes” del proceso en toda situación o caso ante la Corte, para que las víctimas intervengan mediante la presentación de sus opiniones y observaciones. Además, dado que las razones que han llevado a la SCP I y a la SCP II a adoptar esta conclusión no se basan en las circunstancias particulares de ciertos grupos de solicitantes, sino que son aplicables de manera genérica a todas las víctimas, la Sala competente de la Corte no necesita repetir este análisis cada vez que se inicie una nueva investigación o se abra un nuevo caso.⁷¹

Cosa muy distinta es, sin embargo, el análisis de si quienes solicitan que se les reconozca como víctimas para intervenir en las actuaciones relativas a la investigación de una situación o a la fase preliminar de un caso, cumplen o no con los requisitos previstos en la definición de *víctima* contenida en la RPP 85. Como la SCP I afirma expresamente, este tipo de análisis (que debe ser llevado a cabo de manera individualizada a la luz de las circunstancias personales de cada solicitante) tiene como único objeto determinar

⁶⁹ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo, dictada el 28 de julio de 2006 por la SCP I en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-228-tEN. Véase también Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecution, dictada por la SCP I el 3 de diciembre de 2007 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-110, p. 5.

⁷⁰ Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párrafo 10.

⁷¹ Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, p. 8.

si el solicitante de que se trate entra en la categoría de víctima prevista en la RPP 85, y en ningún caso se extiende a analizar si los intereses personales propios de un determinado solicitante se encuentran afectados por dichas fases procesales (y menos aún, por las distintas actuaciones procesales o elementos de prueba que forman parte de dichas fases).⁷²

En consecuencia, según la SCP I el reconocimiento a un solicitante de la condición de víctima en la fase de investigación de una situación, o en la fase preliminar de un caso, conlleva automáticamente el derecho a presentar sus opiniones y observaciones durante las actuaciones que se celebren en dicha fase procesal. Sin embargo, el contenido exacto del alcance de su participación deberá ser determinado con posterioridad por la Sala competente, porque el artículo 68(3) del ER no predetermina con exactitud el conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponde a quienes son reconocidos como víctimas durante una “fase que se considere conveniente” para su intervención.⁷³

De esta manera, en opinión del autor se puede afirmar que la jurisprudencia de la SCP I afirma que, en aplicación del artículo 68(3) del ER, existe una posición procesal de víctima —si bien de contenido indeterminado— en las fases procesales de investigación de una situación y preliminar de un caso.⁷⁴

Aunque el artículo 68(3) del ER atribuye a la Sala competente un margen importante de discreción para determinar el conjunto de expectativas y cargas procesales que corresponde al estatuto procesal de víctima en las fases de investigación de una situación y preliminar de un caso, lo cierto es que esta misma disposición establece ciertos criterios que han de ser aplicados por la Sala competente en ejercicio de su discreción. En este sentido, la

⁷² Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, p. 8 (véase en particular la n. 23).

⁷³ *Ibidem*, pp. 8-9; Decision on Decision on Request for Leave to Appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-118, p. 5; y Decision on Request for Leave to Appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-438, p. 5.

⁷⁴ *Idem*.

SCP I subraya que al determinar dicho conjunto de cargas y expectativas procesales —si bien no es necesario tener en cuenta el grado en que los intereses personales de los solicitantes se ven afectados por las actividades procesales o elementos de prueba que conforman la fase procesal de que se trate— es necesario que se realice “de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos”.⁷⁵

Además, la propia SCP I afirma que, una vez que la Sala competente ejercita su discreción para definir las expectativas y cargas procesales que dan contenido al estatuto procesal de víctima en la fase de investigación de una situación o en la fase preliminar de un caso, éstas corresponden también a todas las personas físicas o jurídicas a las que o bien se les haya reconocido con anterioridad, o bien se les va a reconocer en un futuro el estatuto procesal de víctima en la situación o caso de que se trate.⁷⁶

De esta manera, en opinión del autor si se sigue la interpretación realizada por la SCP I, una vez que sea más homogénea la jurisprudencia de la Corte en relación con el conjunto de expectativas y cargas procesales que dan contenido al estatuto procesal de víctima en las distintas fases procesales, sería posible aplicar dicha jurisprudencia de manera automática cada vez que se inicie una nueva situación o caso, lo que sin duda fortalecería la seguridad jurídica tanto para las partes en las actuaciones (Fiscalía y Defensa) como para aquéllos a los que se reconozca el estatuto procesal de víctima en las distintas etapas del proceso penal ante la Corte.

La Mayoría de la SPI ha acogido un modelo de análisis de los intereses personales de los solicitantes conforme al artículo 68(3) del ER, muy distinto del adoptado por la SCP I. Así, a pesar de que la Mayoría de la SPI reconoce la existencia de una serie de “intereses generales de las víctimas”, tales como el interés en recibir reparaciones, el interés en que se les permita presentar

⁷⁵ Véase Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, p. 9; Decision on Request for leave to appeal the “Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-118, p. 5; y Decision on Request for leave to appeal the “Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-438, p. 5.

⁷⁶ *Idem*.

sus observaciones y preocupaciones, el interés en que comprueben ciertos hechos y se esclarezca la verdad, el interés en que se proteja su dignidad durante el juicio oral, el interés en que se garantice su seguridad o el interés en que se les reconozca como víctimas del caso,⁷⁷ la propia Mayoría de la SPI considera que el análisis de los intereses personales a que se refiere el artículo 68(3) del ER no se puede limitar a analizar si estos “intereses generales de las víctimas” se ven afectados por la fase previa a la apertura del juicio oral, o por el propio juicio oral, sino que exige un análisis individualizado de los intereses personales concretos de cada una de las personas físicas o jurídicas que solicitan intervenir en las actuaciones.

Además, la Mayoría de la SPI, a diferencia de la SCP I, acoge un modelo de doble análisis, en cuanto que analiza los intereses personales de los solicitantes en dos momentos procesales distintos. Según la Mayoría de la SPI, es necesario realizar un análisis inicial para determinar si los intereses personales del solicitante se ven afectados por las cuestiones y elementos de prueba que van a ser objeto del juicio oral.⁷⁸ Para llevar a cabo este primer análisis, la Mayoría de la SPI utiliza como principal instrumento de referencia el “sumario de la presentación de la prueba” que la Fiscalía debe completar con antelación al inicio del juicio oral, y a partir del cual, según la Mayoría de la SPI, se pueden determinar las cuestiones y elementos de prueba que serán objeto del juicio oral.⁷⁹ De esta manera, sólo aquellos solicitantes que demuestren la existencia de un vínculo entre sus intereses personales y las cuestiones o elementos de prueba sobre los que se prevé ha de versar el juicio oral, se les reconocerá lo que la Mayoría de la SPI ha denominado “*participating status*”.⁸⁰

Ahora bien, como la propia Mayoría de la SPI explica, la atribución de *participating status* no conlleva alguna expectativa o carga procesal concreta, pues no otorga un derecho automático a intervenir en las actuaciones. Así, según la Mayoría de la SPI, sólo tienen el derecho a intervenir en cada una de las actividades procesales que preceden al juicio oral, o en la presentación en este último de cada uno de los elementos de prueba, quienes, además de haber recibido este llamado *participating status*, puedan demostrar, sobre la base de una nueva solicitud escrita, que sus intereses personales

⁷⁷ Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 97.

⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 95.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 102.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafos 2, 95, 96, 102, 103 y 138.

individuales se encuentran vinculados con la específica actividad procesal o elemento de prueba de que se trate.⁸¹

En consecuencia, según la Mayoría de la SPI el derecho a participar en una determinada actividad procesal, o en relación con un elemento de prueba específico, sólo se adquiere tras un segundo análisis individualizado que determine si los intereses personales del solicitante —que ya ha recibido previamente el llamado *participating status*— se encuentran específicamente vinculados a la actividad procesal o elemento de prueba de que se trate.

En opinión del autor, la Mayoría de la SPI no explica cuál es la naturaleza procesal del llamado *participating status*. En este sentido, es importante subrayar que a diferencia de la figura procesal de la “posición o estatuto procesal de víctima” acogida por la jurisprudencia de la SCP I, el llamado *participating status* no puede definirse como un auténtico estatuto procesal puesto que, al no generar un derecho automático a intervenir en las actuaciones, no contiene expectativa o carga procesal alguna.

En su voto particular, el magistrado René Blattmann puso de manifiesto la complejidad del modelo de doble análisis adoptado por la Mayoría de la SPI, ya que requiere la presentación de al menos dos solicitudes distintas para poder intervenir en cualquier tipo de actuación procesal, la primera dirigida al reconocimiento del llamado *participating status*; y la segunda, dirigida a que se reconozca el derecho efectivo a intervenir en la práctica de actuaciones procesales concretas o en relación con la presentación de determinados medios de prueba.⁸²

La jurisprudencia de la Sala de Apelaciones (SA) no acaba de resolver hasta el momento las diferencias entre los modelos planteados por la SCP I y por la Mayoría de la SPI, debido a que puede ser interpretada como un apoyo implícito a uno de estos dos modelos. Así, la decisión de la SA de 13 de junio de 2007 puede ser entendida como que favorece el modelo adoptado por la SCP I, siempre y cuando se considere que, en la misma, la SA —en lugar de requerir que los solicitantes demuestren cómo sus intereses personales se encuentran afectados por cada una de las actuaciones procesales o elementos de prueba que forman parte de una apelación interlocutoria y en relación con los cuales desean intervenir— analiza si los intereses personales de los solicitantes se ven afectados por la apelación interlocutoria en su conjunto

⁸¹ *Ibidem*, párrafos 96-104.

⁸² Separate and Dissenting Opinion of Judge Rene Blattmann to the Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 22.

en cuanto que procedimiento autónomo que tienen lugar ante la propia Sala de Apelaciones.⁸³

Ahora bien, también es cierto que la decisión de la SA de 13 de junio de 2007, se puede interpretar como un apoyo implícito al modelo adoptado por la Mayoría de la SPI, si se entiende que las apelaciones interlocutorias tienen normalmente por objeto una cuestión, actividad procesal o elemento de prueba específico y que, por tanto, al requerir que los solicitantes demuestren que sus intereses personales se ven afectados por la cuestión, actividad o elemento de prueba objeto de la apelación interlocutoria de que se trate, se está acogiendo un modelo por actividad procesal concreta o elemento de prueba específico (en lugar de por etapa procesal).⁸⁴

Ante esta situación no puede sino ser bienvenida la reciente autorización de la SCP I para que la Fiscalía y la Defensa puedan presentar una apelación interlocutoria sobre las cuestiones relativas a: 1) si el análisis de los intereses personales previsto en el artículo 68(3) del ER debe realizarse en relación con actuaciones procesales concretas o elementos de prueba específicos, o si por el contrario, debe llevarse a cabo en relación con etapas procesales en su conjunto (y en particular en relación con la etapa de investigación de una situación), y 2) si conforme al artículo 68(3) del ER, se puede afirmar la existencia de un estatuto procesal de víctima (en particular en la fase de investigación de una situación).⁸⁵

En todo caso, en opinión del autor, aparte de la indeterminación del concepto de *participating status*, tal y como ha sido definido por la Mayoría de la SPI, los argumentos dados por SCP I en apoyo de una interpretación del artículo 68(3) del ER que requiera un análisis de los intereses personales por etapas procesales y que acoja la existencia de un estatuto procesal de víctima, se encuentran bien fundados. Además, el autor está de acuerdo con la SCP I en lo relativo a que si se adoptara el modelo propuesto por la Mayoría de la SPI ocurriría lo siguiente: 1) se pondría en peligro el carácter expedito de las actuaciones; 2) se privaría a las víctimas de un auténtico estatuto procesal durante las distintas etapas del proceso ante la Corte, y 3) se limitaría significativamente el papel que el sistema del ER y de las RPP ha reservado

⁸³ Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the “Directions and Decision of the Appeals Chamber” of 2 February 2007, dictada por la SA en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-925, véanse en particular los párrafos 26-29.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, pp. 4, 5 y 11.

a las víctimas en el proceso penal ante la Corte. Esta opinión es también compartida, en gran medida, por el magistrado René Blattmann en su voto particular a la decisión de la SPI de 18 de enero de 2008.⁸⁶

PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN
VERSUS PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN
DE LAS MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN

La SCP I ha subrayado recientemente que la RPP 89 y la norma 86 del RegC se construyen sobre la base de la distinción entre: 1) el procedimiento de aplicación previsto en dichas disposiciones, que se dirige exclusivamente a reconocer o a denegar el estatuto procesal de víctima en la fase de investigación de una situación o en la fase preliminar de un caso, y 2) el conjunto de actuaciones por las cuales se definen las expectativas y cargas procesales (coloquialmente conocidas como “modalidades de participación”) que dan contenido a dicho estatuto procesal.⁸⁷

Si bien esta distinción implícitamente había sido recogida en la decisión de la SCP I del 17 de enero de 2006,⁸⁸ ésta no ha sido afirmada expresamente hasta las recientes decisiones de la SCP I del 3 y 14 de diciembre de 2007. En estas dos últimas decisiones, la SCP I ha decidido sobre varias peticiones presentadas por la Defensoría Pública de la Corte (órgano encargado de representar los intereses de la Defensa cuando, como en la fase de investigación de una situación, no existe todavía una defensa formalmente constituida), para que se requiera a quienes solicitan el reconocimiento del estatuto procesal de víctima que presenten información adicional a los efec-

⁸⁶ Separate and Dissenting Opinion of Judge Rene Blattmann to the Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafos 16-27.

⁸⁷ Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecution, dictada por la SCP I el 3 de diciembre de 2007 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-110, párrafo 5, y Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 7 de diciembre de 2007 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-417, párrafo 5.

⁸⁸ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en la RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr.

tos de poder abordar adecuadamente en sus observaciones temas relativos a las condiciones médicas preexistentes de los solicitantes; a sus antecedentes penales; a su posible vinculación con algún grupo armado, con otros solicitantes o con los intérpretes; a las credenciales profesionales de los intérpretes; a la intensidad de las hostilidades o a la posible vinculación de los habitantes de los pueblos mencionados en sus declaraciones con algún grupo armado, e impugnar la credibilidad de las declaraciones presentadas por los solicitantes.⁸⁹ Como la propia Defensoría Pública ha explicado, sus peticiones tienen como premisa la necesidad de respetar plenamente el principio de contradicción en el procedimiento tendente al reconocimiento del estatuto procesal de víctima en la fase de investigación de las situaciones en Darfur y en la RDC, debido a que por medio de dicho procedimiento se da entrada a los solicitantes en las actuaciones y por tanto se afectan los intereses de la Defensa.

En decisiones del 3 y 14 de diciembre de 2007, la SCP I ha identificado que el objeto del procedimiento de aplicación no es determinar el conjunto de expectativas y cargas procesales que dan contenido al estatuto de víctima en las fases de investigación de una situación y preliminar de un caso, sino que su objeto se limita a determinar si los solicitantes cumplen con los requisitos de la definición de *víctima* previstos en la RPP 85, para decidir si corresponde o no reconocerles el estatuto procesal de víctima en dichas fases procesales.⁹⁰ Además, según la SCP I en estas etapas iniciales de las actuaciones, el estándar de prueba aplicable a las solicitudes no puede ser el de la convicción íntima del juzgador, de que el solicitante es, más allá de toda duda razonable, víctima de alguno de los delitos objeto de la situación

⁸⁹ Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecution, dictada por la SCP I el 3 de diciembre de 2007 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-110, pp. 9-10; y Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 7 de diciembre de 2007 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-417, pp. 9-10.

⁹⁰ Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecution, dictada por la SCP I el 3 de diciembre de 2007 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-110, párrafo 6; y Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 7 de diciembre de 2007 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-417, párrafo 6.

o caso de que se trate, pues ello exigiría declarar la existencia, más allá de toda duda razonable, del delito que se encuentra al origen del daño sufrido por el solicitante. En este sentido, conviene subrayar que aunque la declaración de la existencia del delito no supone que el imputado sea responsable por el mismo, una declaración de este tipo con anterioridad a la emisión de sentencia exigiría la abstención y justificaría la recusación del juzgador. Por ello, la SCP I señala que el estándar de prueba por el cual se han de analizar las solicitudes es el de *motivos para creer*⁹¹ o *motivos razonables para creer*;⁹² lo que exige sólo un análisis *prima facie* de las solicitudes a la luz del informe de la SPRVS y de las observaciones de las partes.⁹³

Es en este contexto en el que la SCP I aborda la cuestión de si el procedimiento de aplicación debe estar o no plenamente informado por el principio de contradicción. En este sentido, la plena aplicación del principio de contradicción en el procedimiento de aplicación (lo que significaría que el principio de contradicción tendría el mismo alcance en este procedimiento que en las actuaciones procesales por las que se determinan las cargas y expectativas procesales que dan contenido al estatuto procesal de víctima) supondría: 1) la necesidad de establecer un sistema de representación legal para los solicitantes antes de que se les haya reconocido el estatuto procesal de víctima; 2) el derecho de los representantes legales de los solicitantes a tener acceso al informe presentado por la SPRVS conforme a la norma 86 del RegC, y a

⁹¹ Estándar de prueba aplicable a las solicitudes en la fase de investigación de una situación. Véase Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en la RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 66.

⁹² Estándar de prueba aplicable a las solicitudes en la fase preliminar de un caso. Véase Décision sur les demandes de participation à la procédure présentées par les Demandeurs VPRS 1 à VPRS 6 dans l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, dictada por la SCP I el 29 de junio de 2006 en el caso The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, 01/04-01/06-172; y Décision sur les demandes de participation à la procédure a /0001/06, 1/0002/06 et a/0003/06 dans le cadre de l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo et de l'enquête en République démocratique du Congo, dictada por la SCP en el caso The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo el 28 de julio de 2006, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-228.

⁹³ Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecution, dictada por la SCP I el 3 de diciembre de 2007 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-110, párrafo 8, y Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 7 de diciembre de 2007 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-417, párrafo 8.

responder a dicho informe; 3) el derecho de la Fiscalía y de la Defensa a solicitar a la Sala competente que requiera a los solicitantes la aportación de la documentación adicional necesaria para poder realizar una oposición material, y no sólo formal, a sus solicitudes; 4) el derecho de los representantes legales de los solicitantes a oponerse a cualquier petición de información adicional de la Fiscalía y la Defensa, así como el derecho a responder a las observaciones presentadas por estos últimos conforme a la RPP 89(1), incluso mediante la aportación de nuevas declaraciones o nuevas pruebas documentales (en particular si en las observaciones de la Fiscalía y de la Defensa se impugna la credibilidad de la declaración de los solicitantes), y 5) el derecho de los solicitantes, además del de la Fiscalía y del de la Defensa, a poder apelar, tras recibir la autorización de la Sala competente conforme al artículo 82(1)(d) del ER, la decisión sobre los méritos de la solicitud.

Sin embargo, tras analizar lo previsto en la RPP 89(1) y en la norma 86 del RegC, la SCP I ha llegado a la conclusión de que el tipo de procedimiento que acabamos de describir, en el que se prevé la aplicación del principio de contradicción, no es el acogido por estas disposiciones. Así, además de que el análisis exigido por la RPP 89(1) y la norma 86 del RegC tiene una naturaleza *prima facie*, el ER, las RPP y las RegC no prevén un sistema de representación legal para los solicitantes antes de que se les haya reconocido el estatuto procesal de víctima.⁹⁴ Además, ni la RPP 89 ni la regulación 86 del RegC prevén: 1) que el informe de la SPRVS deba ser transmitido a los solicitantes, a la Fiscalía o a la Defensa a los efectos de poder someterlo a contradicción; 2) la posibilidad de que la Fiscalía y la Defensa puedan requerir de la Sala competente que se pida información o prueba documental adicional a los solicitantes; 3) que los solicitantes puedan responder a las observaciones de la Fiscalía o de la Defensa sobre sus solicitudes, o 4) que los solicitantes puedan apelar la decisión final sobre los méritos de su solicitud.⁹⁵

⁹⁴ Decision on the Requests of the Legal Representative of Applicants on Application Process for Victims' participation and Legal Representation, dictada por la SCP I el 17 de agosto de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-374, párrafo 43.

⁹⁵ Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecution, dictada por la SCP I el 3 de diciembre de 2007 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-110, párrafos 14-18; y Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 7 de diciembre de 2007 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-417, párrafos 14-18.

Por el contrario, según la SCP I, la RPP 89(1) y la norma 86 del RegC prevén un procedimiento simplificado que no se encuentra plenamente sometido al principio de contradicción, y tampoco está plenamente informado por las garantías procesales que son aplicables en las actuaciones penales ante la Corte, y que se caracteriza por lo siguiente:

1) Limitación de la información necesaria para realizar un análisis *prima facie* de las solicitudes a los siguientes datos: a) identidad del solicitante; b) descripción del daño sufrido a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos sobre los que la Corte tiene jurisdicción; c) fecha y lugar en la que presuntamente se cometió el delito que se encuentra al origen del daño sufrido; d) prueba de identidad; e) consentimiento expreso del solicitante si la solicitud es realizada por una persona que dice actuar con el consentimiento del solicitante; f) prueba de parentesco o de tutoría en el caso de que el solicitante sea un niño o una persona incapacitada y la aplicación sea presentada por una persona que dice actuar en su nombre, y g) firma o huella dactilar del solicitante, al menos en la última página de la solicitud.

2) Necesidad de que la SPRVS recabe dicha información de los solicitantes (o de sus representantes legales si la solicitud vino acompañada de un poder de representación, o si la Sala competente nombró a la oficina de representación pública de las víctimas como representante legal de los solicitantes, a los efectos de asistirles a completar sus solicitudes) antes de que proceda a transmitir las solicitudes, junto con su informe, a la Sala competente conforme a la norma 86(5) del Reglamento de la Corte.

3) Transmisión de las solicitudes a la Fiscalía y a la Defensa (si bien por razones de protección, la Sala competente puede autorizar la eliminación de aquella información que pueda identificar a los solicitantes), o a la Oficina de Defensoría Pública de la Corte en el caso de que nos encontremos en la fase de investigación de una situación, a los efectos de que presenten sus observaciones en el plazo dado al efecto.

4) Decisión sobre los méritos de la Sala competente a la luz de las solicitudes, del informe de la SPRVS y de las observaciones de las partes.

5) Falta de legitimación de los solicitantes para solicitar, conforme al artículo 82(1) del ER, la autorización de la Sala competente para apelar la decisión sobre los méritos de su solicitud. Según la SCP I los solicitantes sólo se encuentran legitimados para presentar, conforme a la RPP 89(4), una nueva solicitud en un momento posterior de las actuaciones.⁹⁶

⁹⁶ Véanse en particular las siguientes: Decision on the Requests of the Legal Representative of Applicants on Application Process for Victims' participation and Legal Representation, dictada por la SCP I el 17 de agosto de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Núm.

Según la SCP I esta interpretación del procedimiento de aplicación como un procedimiento simplificado no es solamente apoyada por la interpretación literal, sistemática y teleológica de la RPP 89 y de la norma 86 del RegC, sino que es además requerida por razones de carácter material. Así, como la SCP I ha explicado, los cientos de solicitudes actualmente pendientes para el reconocimiento de la posición procesal de víctima en la fase de investigación de las situaciones en la RDC y en Darfur, requieren numerosos recursos para asegurar, incluso, si se aplica el procedimiento simplificado antes señalado, el tratamiento individualizado necesario para determinar si corresponde o no la atribución de dicho estatuto procesal a cada solicitante.⁹⁷

A esto hay que añadir las dificultades que tienen los solicitantes para elaborar ciertos documentos y para proporcionar información adicional dadas las limitaciones materiales existentes en los lugares en los que residen. Además, si bien es cierto que los solicitantes pueden nombrar un representante legal en el momento de presentar su solicitud,⁹⁸ o la Sala competente

ICC-01/04-374; Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecution, dictada por la SCP I el 3 de diciembre de 2007 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-110; Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 7 de diciembre de 2007 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-417; Decision on Decision on Request for leave to Appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-118; Decision on Request for Leave to Appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Num. ICC-01/04-438; y Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121.

⁹⁷ Véase por todas Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, pp. 9-10.

⁹⁸ Frecuentemente, representantes de organizaciones no gubernamentales internacionales entran en contacto mediante sus *partenaires* locales con los posibles solicitantes, les explican las consecuencias de presentar sus solicitudes, les ayudan a llenar los impresos de solicitud, y reciben de los solicitantes un *power of attorney* en favor de alguno de los abogados de la organización, que es finalmente quien envía por correo la solicitud a la Corte.

puede nombrar a la oficina de representación pública para las víctimas de la Corte como representante legal de los solicitantes para que les asista completando sus solicitudes, lo cierto es que, como la propia SCP I señala, la distancia entre la sede de la Corte y el lugar de residencia de los solicitantes o entre estos últimos y sus representantes legales, retrasa considerablemente el proceso de obtención de cualquier tipo de información adicional de los solicitantes. En consecuencia, como la SCP I explica, si como la Defensoría Pública afirma, el proceso de aplicación debiera ser plenamente contradictorio y los solicitantes tuvieran que producir el tipo de prueba documental e información adicional requerida por la propia Defensoría Pública, el retraso en la tramitación de las solicitudes sería más que notable y el impacto de su tramitación en las actuaciones judiciales sería considerable, dados los múltiples problemas que un análisis plenamente contradictorio de las solicitudes puede generar, sumado al limitado personal de las Salas de la Corte.⁹⁹

En cuanto a las actuaciones para la determinación de las expectativas y cargas procesales que dan contenido al estatuto procesal de víctima en las fases de investigación de una situación y preliminar de un caso, la SCP I afirma que, en tanto dicha determinación debe realizarse “de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos”, las actuaciones por las cuales se lleva a cabo la misma deben encontrarse plenamente sometidas al principio de contradicción, y en éstas deben aplicarse todas las garantías procesales previstas en el ER y en las RPP para las actuaciones penales ante la Corte.¹⁰⁰

⁹⁹ Véase por todas *Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation*, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, p. 7. Véase, también, *Decision on Decision on Request for Leave to Appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor*, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-118, p. 6; y *Decision on Request for Leave to Appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor*, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-438, p. 6.

¹⁰⁰ Véase por todas *Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation*, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, pp. 9-10.

Además, como la propia SCP I subraya, las razones de carácter material que recomiendan que el principio de contradicción no sea plenamente aplicable en el procedimiento de aplicación, no son relevantes en relación con las actuaciones que determinan las modalidades de participación, puesto que la determinación del conjunto de expectativas y cargas procesales que dan contenido al estatuto procesal de víctima en la fase de investigación de una situación o en la fase preliminar de un caso, se realiza mediante una única decisión (como ocurrió en el caso Lubanga),¹⁰¹ o por medio de un conjunto limitado de decisiones (como parece va ocurrir con la fase de investigación de las situaciones en Darfur¹⁰² y en la RDC).¹⁰³ En este sentido, es importante observar cómo la SCP II adopta la misma posición que la SCP I (o incluso una posición más estricta), en cuanto que ha definido con precisión las expectativas y cargas procesales que dan contenido al estatuto procesal de víctima en la fase de investigación de la situación en Uganda en su decisión de 10 de agosto de 2007.¹⁰⁴

La posición adoptada por la Mayoría de la SPI en su decisión de 18 de enero de 2008, en relación con el procedimiento para tramitar las solicitudes de intervención en las actuaciones, difiere notablemente de la adoptada por la SCP I (y en gran medida también por la SCP II). Así, la Mayoría de la SPI distingue entre el reconocimiento del llamado *participating status* —que como vimos en su momento, sólo se concede a quienes demuestren la existencia de un vínculo entre sus intereses personales y las cuestiones o elementos de prueba sobre los que se prevé ha de versar el juicio oral— y

¹⁰¹ Véase Décision sur les modalités de participation des victimes a/0001/06, a/0002/06 et a/0003/06 à l'audience de confirmation des charges, dictada por la SCP I el 22 de septiembre de 2006 en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-462.

¹⁰² Véase Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07, dictada por la SCP I en la situación en Darfur el 14 de diciembre de 2007, Doc. Núm. ICC-02/05-111-Corr.

¹⁰³ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en la RDC el 17 de enero de 2006, Doc. Num. ICC-01/04-101-tEN-Corr. Véase también Decision on the Requests of the Legal Representative for Victims VPRS 1 to VPRS 6 regarding Prosecutor's Information on further Investigation, dictada por la SCP I en la situación de la RDC el 26 de septiembre de 2007, Doc. Núm. ICC-01/04-399.

¹⁰⁴ Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párrafos 84-104.

el reconocimiento del derecho a intervenir en una determinada actividad procesal o en relación con un elemento de prueba específico. Esto ocurrirá sólo si los intereses personales de aquellos a los que se les ha reconocido el llamado *participating status* se encuentran específicamente vinculados con la actividad procesal o elemento de prueba de que se trate.¹⁰⁵ Para la Mayoría de la SPI, las solicitudes para obtener ambos tipos de reconocimiento deberán tramitarse mediante el procedimiento previsto en el artículo 68(3) del ER, la RPP 89 y la norma 86 del RegC.¹⁰⁶ Además, al no afirmar la SPI que el procedimiento previsto en estas disposiciones tiene un carácter simplificado, se entiende que dicho procedimiento se encuentra sometido plenamente al principio de contradicción, y está informado por todas las garantías procesales que, según el ER y las RPP, informan las actuaciones penales ante la Corte.

De esta manera, la posición adoptada por la Mayoría de la SPI se aleja del modelo acogido por la SCP I en dos aspectos fundamentales. Por un lado, para la Mayoría de la SPI el procedimiento previsto en el artículo 68(3) del ER, la RPP 89 y la norma 86 del RegC no sólo no es un procedimiento simplificado, sino que además debe ser aplicado tanto para el reconocimiento del llamado *participating status*, como para el reconocimiento del derecho a intervenir en la práctica de una determinada actividad procesal o en la presentación de un elemento de prueba específico. Además, según el modelo acogido por la Mayoría de la SPI, el llamado *participating status* no lleva aparejada ninguna carga o expectativa procesal, de manera que es necesario acudir al procedimiento previsto en el artículo 68(3) del ER, la RPP 89 y la norma 86 del RegC cada vez que se desee intervenir en una actividad procesal específica o en relación con la presentación de un determinado elemento de prueba.

La complejidad del modelo casuístico adoptado por la Mayoría de la SPI ha sido puesto de manifiesto, tanto por el magistrado René Blattmann en su voto particular a la decisión de la SPI de 18 de enero de 2008,¹⁰⁷ como por la propia SCP I, que señala lo siguiente al respecto:

¹⁰⁵ Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Num. ICC-01/04-01/06-1119, párrafos 93-104.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párrafos 101-104.

¹⁰⁷ Separate and Dissenting Opinion of Judge Rene Blattmann to the Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* el 18 de enero de 2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párrafo 22.

Si el análisis previsto en el artículo 68(3) del Estatuto y el procedimiento recogido en la regla 89 de las Reglas y la regulación 86 de las Regulaciones tuviera que llevarse a cabo en relación con cada actividad procesal o elemento de prueba nos encontraríamos con una situación en la que: (i) la efectividad y eficiencia de la actuación de la Corte en su conjunto se vería en peligro porque cada vez que una persona física o jurídica pretende intervenir en relación con una determinada actividad procesal o medio de prueba: (a) dicha persona debería presentar una solicitud de intervención; (b) la Sección de Participación de Víctimas y de Reparaciones de la Secretaría debería emitir un informe sobre dicha solicitud; (c) las partes deberían tener la oportunidad de presentar observaciones sobre dicha solicitud; y (d) la Sala debería decidir sobre tal aplicación antes de practicar la actividad procesal o de discutir el elemento de prueba de que se trate.¹⁰⁸

En cualquier caso, en virtud de las importantes diferencias existentes entre las posiciones adoptadas por las salas de Cuestiones Preliminares I y II por un lado, y la SPI por otro lado, constituye sin duda un dato positivo que, en sus decisiones de 23 de enero de 2008, en las situaciones en Darfur y en la RDC, la SCP I haya autorizado a la Fiscalía y a la Defensa a interponer una apelación interlocutoria sobre el objeto, naturaleza y trámites del procedimiento de aplicación previsto en la RPP 89 y la norma 86 del Reglamento de la Corte.¹⁰⁹

CONCLUSIÓN

A pesar de la importancia de la posición procesal atribuida a las víctimas en el ER, las RPP y las RegC, son numerosas los interrogantes que han surgido

¹⁰⁸ Traducción del autor. Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, pp. 6-7. (Traducción del autor).

¹⁰⁹ Decision on Request for Leave to Appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-118, p. 8; and Decision on Request for Leave to Appeal the Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, dictada por la SCP I el 23 de enero de 2008 en la situación en la RDC, Doc. Núm. ICC-01/04-438, p. 8. Véase, también, la Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, dictada por la SCP I el 6 de febrero de 2008 en la situación en Darfur, Doc. Núm. ICC-02/05-121, pp. 4 y 11.

al aplicar las disposiciones relativas a dicha posición procesal —y en particular aquellas referidas al tratamiento de las solicitudes de intervención en las actuaciones ante la Corte—. Por tanto, en los últimos meses las distintas Salas de la Corte han dado una respuesta diversa a cuestiones tan importantes como: 1) el contenido de la definición de *víctima*; 2) la existencia o no de un estatuto procesal de víctima en las distintas fases del proceso penal ante la Corte; 3) el objeto, naturaleza y trámites del procedimiento de aplicación, y 4) la distinción entre este último y las actuaciones por las cuales se determina el conjunto de expectativas y cargas procesales que dan contenido al estatuto procesal de víctima en las distintas fases del proceso penal ante la Corte.

A partir de las diversas interpretaciones avanzadas por las distintas Salas de la Corte, se han concedido en el último mes y medio varias autorizaciones para que la Fiscalía y la Defensa puedan presentar apelaciones interlocutorias en relación con dichas cuestiones. Corresponde, por tanto, en este momento a la SA ofrecer las directrices necesarias para que el importante papel atribuido por el ER, las RPP y las RegC a las víctimas en las actuaciones ante la Corte, se pueda poner en práctica de manera efectiva. De la claridad de las directrices que pueda dar la SA, sobre todo a la luz de las importantes diferencias existentes entre las interpretaciones realizadas por la SCP I, la SCP II y la SPI, dependerá en gran medida la aplicación con éxito de lo que para muchos constituye uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma.

Estudios de Derecho Penal Internacional, edición al cuidado de la Dirección de Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, se terminó de imprimir y encuadernar en marzo de 2010 en los talleres de Impresora y Encuadernadora Progreso, S. A. de C. V. (IEPSA), Calzada de San Lorenzo 244; 09830 México, D. F. El tiraje consta de 1 000 ejemplares.

